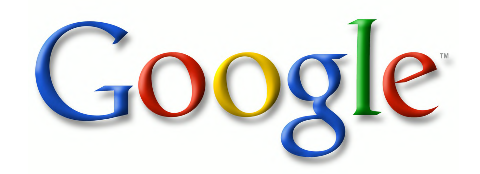
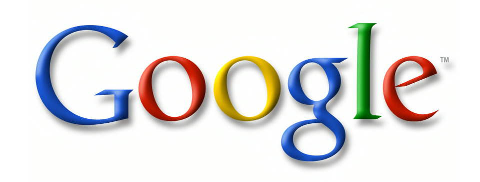










[illegible]

Koenigswart
SN

HISTOIRE

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE

EN FRANCE.

Typographie Hennuyer, 24, rue Lemercier. Batignolles.

HISTOIRE

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE

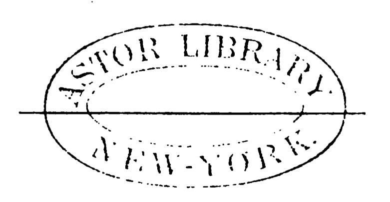
EN FRANCE

DEPUIS LES TEMPS LES PLUS RECULÉS JUSQU'A NOS JOURS.

MÉMOIRE COURONNÉ PAR L'INSTITUT
(**Académie des sciences morales et politiques**)
Dans sa séance du 15 juin 1850.

PAR

LOUIS J. KŒNIGSWARTER,
DOCTEUR EN DROIT,
Membre correspondant de l'Académie des sciences morales et politiques (section de Législation);
De la Société Nationale des Antiquaires de France,
Chevalier de la Légion-d'Honneur.



PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DES GRÈS, 5.

—

1851

« A moins qu'une nation ne trouve dans sa situation particulière de puissants motifs pour suivre la raison politique, elle fera sagement de se diriger par la raison civile, qui ne choque personne, qui prévient les rivalités et les haines dans les familles, qui propage l'esprit de fraternité et de justice, et qui maintient plus solidement l'harmonie générale de la société. »

(PORTALIS, *Exposé des motifs du Code civil.*)

AVANT-PROPOS.

En produisant cet ouvrage devant le public, nous le mettons sous le patronage de l'illustre Corps qui ne l'a pas trouvé indigne de ses suffrages. Ce patronage cependant nous a imposé le devoir de laisser notre œuvre telle qu'elle était et quelles qu'en fussent les imperfections. Nous ne nous sommes permis que de légers développements aux endroits qui semblaient pécher par trop de concision. Mais en général cette concision nous a été imposée par la nécessité de traiter un sujet aussi vaste que le nôtre dans l'espace d'un Mémoire académique; et nous affirmons qu'il nous eût coûté beaucoup moins de peine d'écrire cinq volumes, que de condenser notre sujet dans un seul.

Nous avions aussi conçu un moment la pensée d'ajouter à notre travail l'exposé de l'organisation de la famille asiatique, grecque et slave;

mais si nous gagnions d'une part en embrassant l'universalité de la matière, nous nous éloignions d'un autre côté du programme de la question posée pour le concours. Par ces considérations, nous n'avons ni changé ni ajouté.

Il ne nous reste à faire qu'un vœu, c'est que le monde savant, et le public en général, nous soient aussi propices que les hommes illustres à qui est due la pensée de ce livre.

Paris, ce 12 mars 1851.

DE L'ORGANISATION

DE LA FAMILLE

EN FRANCE.

INTRODUCTION.

Nous vivons dans un âge de révolte de l'esprit humain. Passer au creuset de son examen toutes les croyances, tous les résultats des connaissances humaines, ne lui a pas suffi. Après avoir ébranlé le dogme religieux, après avoir sapé dans sa base la forme politique de l'Europe, l'esprit audacieux de l'homme s'attaque aujourd'hui aux deux colonnes principales de toute société humaine, à la famille et à la propriété. Non-seulement les classes infimes, mais encore les classes plus élevées sont, quoi qu'on en dise, travaillées par un besoin vrai ou factice

de changement; et ce n'est plus à la constitution politique qu'on en veut, (le pourrait-on en France, où nous avons atteint les limites extrêmes de la démocratie?) c'est la constitution sociale, la société elle-même qu'on croit devoir changer. Ce désir formel d'améliorer ce qui existe, accompagné de rêves généreux, et mêlé à de folles divagations, est ce qui occupe, aujourd'hui, depuis le philosophe sérieux jusqu'aux entrepreneurs de félicité publique et aux charlatans de santé sociale ; c'est ce qu'on appelle de nos jours *le socialisme.* Mot terrible à la fois et magique ! car s'il est pour les uns le cataclysme dans lequel le monde civilisé doit s'engloutir, il est pour les autres le phénix qui fera revivre le vieux monde de ses cendres, plus beau et plus jeune que jamais.

Nous ne partageons ni l'effroi des uns, ni les folles espérances des autres. Ce qu'on entend aujourd'hui par *socialisme* est un ramassis d'idées confuses, non mûries, où le bien et le mal, la bonne graine et l'ivraie, sont encore complétement confondus ; des aspirations généreuses, des efforts d'amélioration dans l'économie de la société s'y trouvent entremêlés à de folles tentatives de refaire l'organisation sociale tout entière, et des idées de philanthropie n'y cachent que trop souvent des attaques violentes contre

les fondements de toute société humaine. C'est au temps de faire le triage et d'apprendre à l'humanité à distinguer les erreurs des vérités; car, ainsi que l'a dit un de nos grands écrivains, la loi pénible du travail existe pour l'esprit comme pour le corps, et la société humaine ne se modifie qu'à la sueur de son front.

Certes, l'état de nos sociétés modernes, quoique fort supérieur sous le rapport moral comme sous le rapport matériel à l'état de celles qui nous ont précédés, laisse encore beaucoup à désirer, en matière économique surtout. Le rapport entre le capital et le travail, la position trop souvent précaire des classes ouvrières, la guerre acharnée de la concurrence, l'assiette de nos impôts, le système prohibitif, qui renchérit la vie de tous, mais qui pèse le plus lourdement sur ceux qui ne vivent que du travail de leurs bras, tout cela demande une solution, et une solution pressante; mais arrière les cerveaux malades qui veulent édifier un état social possible sur d'autres bases que la *famille* et la *propriété!*

Encore admettons-nous la discussion, non pas sur le principe même de la propriété (car la propriété c'est la sanctification, la récompense, le fruit du travail auquel Dieu a astreint l'homme), mais sur les formes diverses qu'elle peut revêtir.

En effet, l'humanité elle-même n'est pas arrivée d'un seul jet à cette propriété libre et individuelle, qui est l'essence de tous les états civilisés. Tantôt c'est, comme en Palestine, Jéhovah, le Dieu unique, qui est considéré comme le véritable propriétaire de la terre, qu'il donne en usufruit aux tribus et familles d'Israël; tantôt c'est, comme dans les États despotiques de l'Orient, le souverain qui est regardé comme l'unique détenteur du sol, forme dont l'Egypte moderne donne encore aujourd'hui un exemple; ailleurs c'est le régime féodal, concentrant de vastes domaines dans une seule main, qui cependant n'a qu'un droit de propriété limité et soumis à certaines conditions, tandis que la possession est entre les mains de colons et de serfs; ailleurs encore le père de famille seul possède, et absorbe en lui-même toute la propriété des membres de la famille, c'est le droit primitif de Rome.

L'humanité a donc cherché et expérimenté des formes nombreuses, des systèmes fort divers de la propriété, et ce n'est que la sagesse des siècles qui l'a fait arrêter à cette forme de propriété libre et individuelle dont nous jouissons aujourd'hui, et que certains sectaires voudraient faire remplacer par la propriété collective de l'État. Des esprits profonds, des hommes d'état

consommés, des jurisconsultes illustres, de savants économistes ont démontré jusqu'à l'évidence les avantages de la propriété individuelle et les désastreuses conséquences de la propriété collective de tous; mais, enfin, les épreuves, les systèmes divers que la civilisation a essayés pour arriver à la constitution de la propriété actuelle, légitiment, en quelque sorte, la polémique sur le mode, la forme, le système, la distribution et la transmission de la propriété, point, nous le répétons, sur son principe même.

Mais, que dire de ceux qui voudraient détruire l'essence même de la nature humaine, en s'attaquant au principe et à la constitution de la famille? La première question que nous avons toujours été tentés de faire à ces novateurs téméraires, c'était de leur demander si eux-mêmes avaient jamais eu une famille, c'est-à-dire, une femme, des enfants; si jamais ils avaient goûté les douceurs d'un amour légitime, et les joies ineffables de la paternité?

L'Académie des sciences morales et politiques, en proposant au concours la question suivante : « Retracer les phases diverses de l'organisation « de la famille sur le sol de la France, depuis les « temps les plus reculés jusqu'à nos jours », a par conséquent choisi non-seulement un sujet d'une haute importance philosophique et juri-

dique; ce sujet, par son actualité, est devenu aujourd'hui une question sociale.

C'est aussi à ce point de vue élevé que nous nous sommes placé.

Cette France qui a été habitée par tant de races différentes, cette nation française à laquelle a été dévolu le rôle à la fois si glorieux et si pénible d'initiatrice de l'humanité, à laquelle il a été donné d'expérimenter toutes les phases du développement et de la civilisation humaine, offre, sur un plan réduit, il est vrai, le spectacle de la civilisation universelle : car nous retrouverons sur son sol et l'Asie et la Grèce, le génie romain et la rude Germanie, le monde païen et le christianisme, la féodalité et la monarchie absolue, le règne de l'aristocratie et le gouvernement démocratique.

En traçant le tableau de la constitution de la famille chez ces différentes races et sous le coup de l'influence de tous ces éléments divers, nous espérons prouver que, partout et malgré les variétés de détail, l'organisation de la famille a été basée sur les mêmes principes et dirigée par les mêmes règles fondamentales. Et si l'auteur réussit, l'histoire et les lois à la main, à donner la conviction que l'humanité entière, dans son long et pénible travail de civilisation, n'a jamais cherché à changer les bases de la famille, que

toutes les races, tous les peuples ont consacré par leurs lois les mêmes règles constitutives dans l'organisation de la famille, que les différences dues aux divers degrés de développement, au climat, à la constitution politique ou économique, ne présentent aucune déviation absolue de ces règles universelles; ne pourra-t-il pas alors s'adresser, avec l'accent de la conscience, à ces novateurs ennemis de la famille, et leur dire : Insensés que vous êtes, vous voulez changer ce que l'humanité entière n'a jamais songé à changer; vous niez l'utilité d'une institution que toutes les générations passées ont consacrée d'une manière miraculeusement uniforme, elles qui, cependant, ont tout fait passer au creuset de l'examen : religion, philosophie, sciences, dogmes, croyances! Démolisseurs aveugles, qui faites si bon marché de l'œuvre des siècles, et qui voulez subvertir jusqu'à la dernière partie de l'édifice social pour le reconstruire avec vos passions ou vos rêves, laissez là votre œuvre impie, et respectez l'homme dans la sagesse des générations.

Le sujet est beau, le cadre vaste, le but élevé; succomber à un tel travail équivaut presque à un triomphe; c'est alors que nous nous consolerons en nous appropriant ces paroles d'un historien célèbre :

« En aucune chose, peut-être, il n'est donné à l'homme d'arriver au but : sa gloire est d'y marcher [1]. »

[1] Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 1re leçon, à la fin.

CHAPITRE I.

ÉLÉMENTS DIVERS DE LA CIVILISATION FRANÇAISE ET RACES DIFFÉRENTES QUI ONT HABITÉ LE SOL DE LA FRANCE.

Le grand courant des races humaines va de l'Orient à l'Occident. Les plus anciennes traditions religieuses, comme l'ensemble des faits historiques, s'accordent à nous montrer l'Europe peuplée par une série de races et de nations, qui sont sorties originairement de l'Asie, le berceau du genre humain et celui de sa première civilisation. Pélasges, Celtes, Scandinaves, Germains, Slaves, tous viennent de l'Orient, et se pressent les uns après les autres, en se disputant cette terre européenne, qui a fait l'envie des races barbares.

La migration des peuples, qui ferme l'histoire ancienne et ouvre celle du moyen âge, ne fut point un fait isolé; avant elle déjà, et depuis des siècles, le mouvement des races asiatiques se portait vers l'Europe, et il continua pendant plu-

sieurs siècles encore, jusqu'à ce que les races arrivées les dernières, les Germains et les Slaves, eussent pris des demeures stables. Cette migration, loin d'être un fait isolé dans l'histoire, se distingue seulement des autres déplacements de populations par la foule de peuples qu'elle mit en mouvement, et qu'elle fit apparaître pour la première fois sur la scène du monde; par la chute du colosse romain, dont elle fut la cause la plus directe; enfin, par les demeures définitives qu'elle a données aux différentes races dans l'Europe nouvelle. Mais il ne faut pas oublier que dans les temps anté-historiques, les Pélasges, les Phéniciens, les Grecs de l'Asie Mineure, la puissante race celte, avaient déjà pris possession d'une grande partie de l'Europe. Dans l'âge historique, les attaques des Perses contre la Grèce, la grande invasion arabe du huitième siècle, l'irruption des Tartares et des Mongols au treizième et au commencement du quinzième siècle, appartiennent au même ordre de faits.

En restreignant notre horizon, et en envisageant seulement cette partie de l'Europe qui s'étend de la Manche aux Pyrénées, et de l'Océan au Rhin et aux Alpes, qui s'appelait anciennement la Gaule, et dont la majeure partie forme aujourd'hui la France, nous rappellerons que des colonies phocéennes et grecques s'étaient

fixées sur les rives de la Méditerranée, et que leur lustre, leur puissance, leurs richesses et même leur constitution politique, avaient excité l'admiration des peuples contemporains les plus avancés en civilisation. On sait que Marseille avait une constitution timocratique et oligarchique, qui avait fait l'admiration d'Aristote[1] et de Cicéron[2]; que les patriciens romains envoyaient leurs enfants dans les écoles de Marseille[3]; c'est Marseille, la colonie phocéenne, qui donna le jour à Pythéas; c'est de Marseille que partaient les vaisseaux qui faisaient le commerce et les transports de tous les peuples alors connus; ce fut Marseille, enfin, qui hérita de Sidon, de Tyr et de Carthage.

Strabon nous a donné l'assurance que les lois civiles des Marseillais étaient celles des Ioniens leurs ancêtres[4]; mais la science, jusqu'à ce jour, n'a pu retrouver quelles avaient été ces lois ioniennes. Cependant la communauté de race donne presque la certitude qu'elles ont dû avoir une grande similitude avec les lois athéniennes,

[1] Aristote parle plusieurs fois de cette Constitution dans sa *Politique*; mais il y avait consacré un Traité particulier, qui a été perdu. V. l'*Athénée*, XIII, § 1er, de Schweighaüser.

[2] *Pro Flacco*, § 26. *De Republ.*, l. I, § 17-18.

[3] Giraud, *Essai sur l'histoire du Droit français au moyen âge*, tom. I, p. 4.

[4] Οἱ δὲ νόμοι Ἰωνικοί.

avant la réforme de Solon. La cité gauloise subit-elle plus tard aussi le régime dorien, comme tant de colonies et de cités originairement ioniennes? C'est très-probable. En attendant, il n'y a que deux points de sa législation sur l'organisation de la famille, dont la connaissance positive nous ait été conservée : à Marseille, comme à Athènes, les familles étaient distribuées en *phyles* ou tribus[1]; à Marseille, comme à Athènes, les filles n'avaient droit, dans les successions, qu'à une dot modique[2]. Ces traits communs et quelques autres de la législation de Marseille[3] viennent confirmer cette conformité d'origine entre les lois d'Athènes et celles de la colonie phocéenne, dont nous parlions tout à l'heure.

Quels que fussent, toutefois, le lustre de cette florissante cité maritime, et les progrès que les colons phocéens avaient autrefois apportés aux Celtes barbares[4], la conquête romaine des Gaules absorba complétement la civilisation grecque sur nos bords de la Méditerranée; et dans la formation du droit français en général, comme dans celle du droit qui régit particulièrement la

[1] Pastoret, *Histoire de la Législation*, IV, p. 108 et 508.
[2] Strabon, IV, p. 274.
[3] Rassemblés par Giraud, t. I, p. 8.
[4] Ainsi que l'atteste Justin, l'abréviateur de Trogue Pompée, l. XLIII, 3-5.

famille, l'élément hellénique n'a eu aucune influence. Renfermée dans les villes et n'ayant pris aucune racine dans les campagnes, la civilisation grecque des colonies maritimes pouvait disparaître facilement sous la pression puissante de la domination romaine.

Une autre race, une autre civilisation avait jeté des racines bien plus profondes sur le vieux sol français : celle des Celtes ou Gaulois. C'est elle qui occupa cette vaste région, longtemps avant l'âge historique; c'est elle qui lui donna son nom de Gaule; c'est d'elle que descend la plus grande moitié du peuple français, malgré la conquête romaine et l'invasion germanique.

Lorsque César, car c'est avec lui seulement que commence l'âge historique des Gaules, vint dans ce pays, la puissance gauloise était à son déclin; la race gauloise, sur laquelle avait déjà empiété, au midi, la conquête romaine [1], inquiétée et harcelée au nord et sur sa frontière du Rhin par les peuplades germaniques, divisée à l'intérieur par la discorde, abdiqua le jour où elle commit ce grand acte de faiblesse, d'invoquer le secours de César contre Arioviste, l'aide du Romain contre l'irruption du Germain. Dès ce jour, la Gaule

[1] La Gaule narbonnaise avait déjà été réduite en province romaine, à peu près soixante ans avant la venue de César.

était condamnée à passer successivement sous ce double joug.

Quels que soient les progrès que la science ait faits dans les derniers temps, les commentaires de César constituent toujours le fond de l'histoire primitive du peuple des Gaules; et la distinction marquée entre la race gauloise et germaine, que ce grand capitaine a si profondément tracée [1], n'a été que trop souvent négligée ou effacée par les écrivains anciens et modernes[2]. En lisant attentivement César, on voit dans les Gaulois et les Germains, que la science moderne a reconnus pour deux branches de la grande souche indo-européenne, non-seulement deux races distinctes, mais, ce qui est bien plus important, deux civilisations complétement différentes : l'une ayant atteint tout le développement dont elle était susceptible, l'autre encore dans l'enfance, et portant dans ses flancs les destinées de l'Europe future.

L'achat des femmes, comme principe du mariage, la vengeance privée et les compositions pé-

[1] *De bello Gallico*, l. VI, c. 11-24.

[2] M. Laferrière qui, dans son *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, t. II, liv. II, ch. I, p. 9 et ch. III, p. 45, a si bien reconnu et constaté ce fait, ne s'est cependant pas garanti de la même erreur; car, dans l'exposition du droit celte, il a entremêlé beaucoup d'éléments germaniques.

cuniaires, ces premiers rudiments du droit civil et pénal de la race germanique, au temps de Tacite, sont depuis longtemps remplacés par des institutions plus policées parmi les Gaulois, au temps de César. L'agriculture y est en honneur, tandis que la race germanique est encore, en grande partie, nomade. Mais ce qui prouve, plus que tout, l'antiquité et le degré de civilisation de la race gauloise, c'est la profonde science de leurs druides, qui professaient le dogme de l'immortalité des dieux et de l'âme humaine, et qui donnaient à la jeunesse des notions sur l'astronomie, la cosmographie et la physique[1], tandis que les Germains en étaient encore à adorer les forces brutes de la nature[2].

Nous aurons donc à nous occuper des lois qui

[1] « In primis hoc volunt (Druides) persuadere, non interire animas, sed ab aliis post mortem transire ad alios..... Multa præterea de sideribus atque eorum motu, de mundi ac terrarum magnitudine, de rerum naturâ, de deorum immortalium vi ac potestate disputant, et juventuti tradunt. » (Cæsar, *De bell. Gall.*, VI, 14.)—« Quæstionibus occultarum rerum altarumque erecti sunt, ut despectantes humana, pronunciarent animas immortales. » *Amm. Marcell.*, XV, 9.

[2] « Germani multum ab his consuetudine differunt. Nam neque Druides habent, qui rebus divinis præsint, neque sacrificiis student. Deorum numero eos solos ducunt, quos cernunt, et quorum opibus aperte juvantur, Solem, et Vulcanum et Lunam : reliquos ne fama quidem acceperunt. » Cæsar, *De bell. Gall.*, VI, 21.

constituèrent la famille gallique. En dehors de l'esquisse rapide de César et de quelques notions éparses dans Strabon, Tacite et Pomponius Méla, nous prendrons en sérieuse considération les coutumes des peuples bretons, rejetons de la race galloise, qui se réfugièrent dans la Bretagne armoricaine et dans les montagnes du pays de Galles et de Cornouailles, par suite des invasions des peuples germaniques. Ce sont surtout les lois du pays de Galles, codifiées au dixième siècle, et publiées en 1841, par les soins du gouvernement anglais [1], qui ont jeté une nouvelle clarté sur les débris de la race celte. Cependant le seul fait que dix siècles séparent la civilisation et l'organisation de la famille gauloise de la rédaction de ces coutumes, suffit pour faire comprendre qu'entre le droit des Gaules, lors de la conquête romaine, et les lois galloises de Howel le Bon, il doit y avoir de larges distinctions. En effet, plus nous étudions ces collections du droit gallique en

[1] *Ancient Laws and Institutes of Wales;* comprising Laws supposed to be enacted by Howel the good, modified by subsequent regulations under the native princes prior to the conquest by Edward I, and anomalous Laws consisting principally of institutions which by the statute of Ruddan were admitted to continue in force; with an English translation of the text. To which are added a few Latin Transcripts, containing Digests of the welsh Laws, principally of the Dimetian Code, with Indexes and Glossary. London, f°, 1841.

Angleterre, plus nous sommes convaincus que ces lois avaient subi, à l'époque de leur rédaction, l'influence des coutumes et des mœurs importées dans la grande île britannique par les conquérants germains et scandinaves.

Après la famille gauloise, la famille gallo-romaine devra fixer notre attention. Rome, selon sa coutume, en annexant les Gaules à son vaste empire, avait joint à la domination des armes celle de ses lois. Pendant ce long espace de cinq siècles, qui sépare la conquête romaine de l'invasion des Germains, les mœurs, les coutumes et les lois des Gaulois avaient disparu. C'est dans le caractère et le génie de la langue seuls que le type gaulois s'est conservé, mais là il est très-sensible même de nos jours.

Quant à la part d'influence que l'élément celte ou gaulois aurait exercée sur la formation de notre l'égislation moderne, elle a donné lieu à beaucoup de controverses ; le débat s'est principalement concentré sur la question de la persistance des lois et coutumes galliques sous la domination romaine. Plusieurs écrivains de mérite [1] ont, tout récemment, cherché à donner une très-grande importance à l'élément celtique; malgré leurs efforts, nous persistons à dire qu'en

[1] Tels que MM. Laferrière et de Courson.

admettant même, ce qui pour nous est fort douteux[1], que les Romains aient permis aux Gaulois vaincus de conserver leurs coutumes et usages, l'espace de cinq siècles, que dura la domination romaine, à dû finir, par la seule force des choses et du temps, et sans aucune contrainte, par absorber les coutumes et les lois nationales dans le droit plus avancé et plus policé des vainqueurs.

Outre les causes particulières qui devaient faire triompher promptement la civilisation romaine de celle des Gaulois, il y avait deux causes générales, auxquelles on ne prête pas une assez grande attention.

La première, c'est l'esclavage, ou du moins la condition servile de la majorité de la nation chez les anciens. Quand on voit dans l'histoire moderne les habitants des pays les plus petits résister avec succès à la domination et à la conquête étrangères ; quand les montagnards suisses ont eu raison des empereurs d'Habsbourg ; quand les habitants des Pays-Bas ont résisté successivement à Philippe II et à Louis XIV , aux deux

[1] Entre autres preuves du contraire nous invoquons l'abolition du druidisme par l'empereur Claude, vers l'année 43 de l'ère chrétienne. (Plin. *Hist. nat.*, XXX, 1 ; Sueton., *Vita Claudii.*)—Le même César ordonna que la justice serait rendue aux Gaulois en langue latine.

plus puissantes monarchies que l'Europe eût vues depuis Charlemagne, on se demande comment, dans l'antiquité, les révolutions et les conquêtes des plus vastes pays ont pu se faire aussi rapidement et avec un succès aussi peu contesté.

La constitution politique des anciens, qui n'admettait que la minorité des habitants d'un pays au rang de citoyen et qui laissait la grande majorité en dehors de la nation, qui faisait de la nationalité un privilége, et de l'exclusion le droit commun, explique ce phénomène. Dans l'antiquité, le conquérant étranger n'avait à vaincre qu'une minorité; la majorité des habitants n'avait aucun intérêt, aucun motif pour opposer de la résistance : pour eux, ce n'était que changer de maître, leur sort n'éprouvait point de changement. Ajoutons à cette considération générale, pour le point particulier qui nous occupe, que la minorité, c'est-à-dire les classes élevées et dominantes dans les Gaules, étaient par leurs intérêts, leurs richesses, leur ambition, très-disposées à accepter la domination romaine.

L'autre cause générale est tout entière dans l'action prépondérante, qui appartient toujours au peuple plus civilisé sur celui qui l'est moins. Or, il arriva qu'à l'époque de la conquête romaine, la civilisation celte était dans un état marqué de décadence, tandis que Rome était à son apogée;

car c'était le siècle de César et d'Auguste, de Cicéron, de Virgile et d'Horace.

Maintenant, les causes particulières qui devaient favoriser l'assimilation de la Gaule s'ajoutaient en grand nombre à ces causes générales. C'était à la fois la flexibilité du caractère gaulois, qui s'assimila facilement les éléments venus du dehors; le génie du peuple romain, qui abolit le druidisme, et admit l'aristocratie gauloise aux dignités de la magistrature et du sénat; l'unité politique et administrative de l'empire; la centralisation du système de gouvernement; le grand nombre de cités et de municipes romains; la propagation de la langue et des lettres latines; enfin cet immense fait, l'Eglise catholique, qui confondit les deux races, les vainqueurs et les vaincus, en une seule étreinte.

Avec tant de causes réunies peut-on encore s'étonner ou douter de cette fusion? Aussi cette transformation se fit si bien et si promptement, que Pline, en parlant de la Gaule narbonnaise, disait qu'elle ressemblait plus à l'Italie qu'à une province[1]. Il est juste de dire que cette partie de la Gaule avait été réduite à l'état de province romaine, d'où lui est resté le nom moderne de Provence; mais César n'avait-il pas agi de même

[1] « Italia verius quam provincia. »

à l'égard du reste de la Gaule, sauf quelques exceptions[1]?

Enfin il est certain que l'édit de l'empereur Caracalla (a. p. Chr. 211-217), quoique ne devant son origine qu'à des considérations financières et fiscales, et non pas, comme on l'a prétendu à tort, à des idées d'égalité, avait donné le droit de citoyen romain aux provinciaux, et fait disparaître de l'empire toutes les lois et coutumes locales ; que, par conséquent, la Gaule, qui nous occupe spécialement, fut soumise aux lois romaines, à partir de cette époque.

Nous pensons donc avec Pardessus [2], Klimrath [3] et Giraud [4], que les coutumes et le droit galliques furent absorbés par la civilisation romaine, et que l'état juridique des Gaules était complétement romain au moment de la grande invasion des peuplades germaniques[5].

Mais retracer l'organisation de la famille romaine à une époque donnée serait faire quelque chose d'étroit et d'incomplet. Non-seulement

[1] « Omnem Galliam, præter socias ac bene meritas civitates, in provinciæ formam redegit. » Sueton., *Jul. Cæsar*, § 25.

[2] *Mém. sur l'orig. du droit coutumier en France.* Paris, 1834.

[3] *Essai sur l'étude historique du droit*, p. 7.

[4] *Hist. du droit franç. au moyen âge*, t. Ier, p. 54 et suiv.

[5] C'est aussi, sous le rapport politique et linguistique, l'opinion de Sismonde de Sismondi, *Précis de l'Histoire des Français*, t. Ier, p. 14.

le développement historique des lois qui organisèrent la constitution domestique à Rome, nous a paru nécessaire pour bien saisir le caractère et l'esprit de l'organisation de la famille, telle qu'elle fût importée dans les Gaules; mais encore nous a-t-il semblé que l'étude comparative des diverses phases, par lesquelles avait passé la famille romaine, était d'une haute importance pour l'histoire de la famille en général.

Nous avons, par conséquent, tracé à grands traits la constitution de la famille à Rome, depuis les lois des douze Tables, modifiées par les lois postérieures de la république et par le droit prétorien, à travers les réformes de la philosophie stoïcienne et du christianisme, jusque dans son organisation définitive par la législation justinienne.

Après la famille romaine viendra la famille germanique. Avec l'invasion des Barbares dans les Gaules, une nouvelle race et les rudiments d'une autre civilisation apparaissent sur le sol français. La constitution de la famille germanique, telle qu'elle ressort de l'ensemble des premières coutumes écrites de cette race, sera l'objet d'un examen sérieux de notre part. En effet, pour bien saisir l'esprit de l'élément germanique, qui a eu une importance si décisive sur

la formation de notre droit coutumier, et, par conséquent, de notre législation actuelle, élément dont l'influence ne s'est fait sentir sur aucune partie autant que sur les rapports de famille [1], il ne suffit pas de connaître les dispositions des lois des Francs, des Burgondes et des Visigoths, parce que ce sont les peuples de race germanique qui ont occupé le sol de la France proprement dite. Il y a dans toutes les lois barbares un même esprit, qui est celui de la race germaine, appelée à réformer et à rajeunir la plus belle partie de l'Europe; et l'insuffisance et l'obscurité des textes ne peuvent être expliquées que par le rapprochement et l'étude comparative de toutes les lois germaniques de la première époque. D'ailleurs, ce que nous appelons aujourd'hui la France a fait, pendant des siècles, partie de l'empire franc, dans lequel les lois des Bavarois, des Allemans, des Saxons, des Frisons et des Thuringiens tenaient une place aussi importante que celle des Ripuaires ou des Visigoths.

Une fois que les deux grands éléments de

[1] Nous avons cherché à mettre en évidence cette influence de l'élément germanique sur nos lois actuelles dans un travail sur les *Origines germaniques*, qui a paru dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, XIV, p. 30 et suiv.; XVI, p. 157 et 321 et suiv.; XVII, 393 et suiv.; XIX, p. 321 et 513 et suiv.

notre nationalité, la race gallo-romaine et la race germaine se trouvèrent en face sur le sol de la France, commença ce travail de fusion dont l'Eglise et la royauté furent les plus puissants promoteurs. Des idiomes romain et tudesque se forma la langue française ; des races diverses, un nouveau peuple, le peuple de France ; des lois romaines et des lois barbares, un droit français, droit multiple, inégal, composé d'abord d'éléments mal digérés, et épars dans des coutumes locales sans nombre.

Cette législation des coutumes, réformée et améliorée à partir du quinzième siècle, continua à régir la France jusqu'à la Révolution de 1789. L'Église, la royauté, le régime féodal, le développement du tiers État sont les grands faits qui influent, pendant la longue période féodale et coutumière, sur le droit public et privé de notre patrie, et le modifient en conséquence. Nous avons tâché de mettre en lumière leur influence sur la constitution de la famille.

Enfin arrive cette grande époque de notre histoire, où la réaction spirituelle et philosophique fait surgir une nouvelle constitution de la famille, non plus basée désormais sur les nécessités politiques, mais sur la nature même, sur les liens du sang, sur l'affection du cœur, et sur le principe de l'égalité des personnes et des biens.

Nous exposerons ainsi, dans les chapitres suivants :

Au chapitre II : L'organisation de la famille gauloise.

Au chapitre III : L'organisation de la famille romaine.

Au chapitre IV : L'organisation de la famille germanique.

Au chapitre V : L'influence de l'Église chrétienne sur l'organisation de la famille en France.

Au chapitre VI : L'organisation de la famille en France pendant la période féodale et coutumière.

Au chapitre VII : L'organisation de la famille d'après les lois de l'époque révolutionnaire, et selon le Code civil.

Au chapitre VIII, nous chercherons à caractériser les diverses constitutions de la famille, à en trouver les principaux traits communs; nous agiterons la question du rapport qui existe entre la constitution de la famille et celle de l'Etat.

Enfin, dans une conclusion générale, nous espérons dégager de l'ensemble de notre travail cette vérité : « Que la famille est une nécessité sociale, et que ni l'homme ni l'état social ne peuvent exister ni durer sans elle. »

CHAPITRE II.

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE CHEZ LES GAULOIS.

César s'était fait donner, pendant son consulat, le commandement des deux Gaules, la Gaule Cisalpine, province du nord de l'Italie, et la Gaule Narbonnaise, autre province romaine, réduite depuis soixante années à peu près, par suite des victoires sur les Allobroges, les Gaulois Stoniens et les Tectosages (631-635 de Rome). Cette dernière province, appelée Narbonnaise, d'après la ville de Narbonne, fondée par M. Narbo, un des généraux romains victorieux, portait aussi le nom de *Gallia bracciata*[1]. Embrassant les contrées qui s'étendent entre le lac Léman et le pays des Toulousains, les villes d'Aix et de Narbonne en faisaient partie, mais celles

[1] De même la Gaule Cisalpine était désignée sous le nom de *Gallia togata*.

de Marseille et de Nice en étaient exceptées; cette province comprenait donc une partie de la France méridionale et orientale. Tout le reste de la Gaule, immense pays baigné au couchant par l'Atlantique, au nord par la mer, et à l'est par le Rhin, s'appelait la Gaule Chevelue ou barbare (*Gallia comata*); elle était presque inconnue aux Romains.

Ce vaste pays était habité par la race celtique : les Belges au nord, entre la Seine, la Marne et le Rhin inférieur; les Aquitains au midi, entre la Garonne, l'Océan et les Pyrénées; les Gaulois ou Celtes proprement dits, au centre. Tous parlaient l'idiome celtique ou gaulois, mais avaient des dialectes différents [1].

Les premières notions précises sur la Gaule barbare datent de Jules César, qui, appelé au secours contre les irruptions des Germains, sous Arioviste, soumit bientôt toutes les Gaules aux aigles romaines. La race celtique était arrivée à son déclin. Le degré de civilisation des habitants de la Gaule ne peut être comparé avec celui où se sont trouvés les Germains, à leur début

[1] Jules César, *De bello Gall.*, I, 1, avait dit, il est vrai : « Illi omnes lingua, institutis, legibus inter se differunt » mais les témoignages postérieurs de Strabon, d'Ammien Marcellin, de saint Irénée, de saint Jérôme, ont réduit cette différence de langues à une différence de dialectes.

sur la grande scène de l'histoire; la civilisation gauloise lui était très-supérieure, mais, de son côté, elle ne pouvait résister à la supériorité morale et matérielle des lois que les conquérants romains venaient apporter dans les Gaules.

Quant à l'influence que l'élément celtique a exercée sur la formation progressive de nos lois nationales, nous avons déjà manifesté notre opinion, et nous renvoyons, à cet égard, au chapitre précédent[1].

Nous esquisserons d'abord la famille gauloise, telle qu'elle ressort des Commentaires de César et de quelques autres auteurs vivant à la même époque ou à des époques rapprochées. Nous verrons après comment la famille gauloise a été constituée, dans les siècles moins éloignés de nous, parmi ces débris celtes qui s'étaient conservés dans notre Bretagne, et dans les pays de Galles et de Cornouailles, en Angleterre. Nous distinguerons soigneusement les sources et monuments de droit d'un âge plus récent; car ceux qui ont essayé de composer l'édifice de la famille gauloise avec les données de César, de Strabon, de Pline, de Pomponius Méla, mêlées aux lois galloises de Howel le Bon[2], aux Triades

[1] V. plus haut, page 21.
[2] Appartenant au dixième siècle.

de Dyonwal Möëlmud[1], aux dispositions de l'Assise du comte Geoffroy[2], et à la très-ancienne coutume de Bretagne[3], ont commis, pour la race celte, la même erreur qu'un de nos plus grands historiens a relevée avec tant de vérité dans l'étude de la civilisation de la race germanique.

M. Guizot, dans son *Histoire de la civilisation en France*[4], après avoir distingué en trois classes les sources où doit être étudiée la race germanique, savoir : 1° les écrivains grecs et latins; 2° les écrits et documents postérieurs à l'invasion; 3° les souvenirs et les traditions nationales des Germains; déplore l'erreur de ceux qui n'ont pas tenu compte de la différence des temps, des lieux, des situations de la *chronologie morale* enfin, comme il l'appelle. « De là, dit-il, l'incohérence de quelques-uns de leurs tableaux, singulier mélange de mythologie, de barbarie et de civilisation croissante, des âges fabuleux, héroïque et semi-politique, sans exactitude et sans ordre aux yeux d'un critique un peu sévère, sans vérité pour l'imagination. »

[1] Appartenant à une époque incertaine, mais antérieure aux lois de Howel le Bon. Voy. dans la collection officielle de ces dernières lois, Londres, 1 f°, 1841, la disposition du Code de Vénédotie, l. II, ch. 17, § 1.

[2] De l'an 1185.

[3] Du quatorzième siècle, vers l'an 1330.

[4] Septième leçon.

gauloise. Mais le sens que nous attribuons [1] au passage de l'historien romain est corroboré par la position subalterne de la femme chez les Celtes de la Gaule, par le fait que des tribus celtiques voisines, dans la Grande-Bretagne, vivaient encore en complet état de polygamie, lors de l'invasion romaine [2], et par la progression naturellement lente de la civilisation du genre humain, qui fait que longtemps après l'introduction du principe monogame, la pluralité des femmes se conserve comme un privilége parmi les classes élevées.

La position très-inférieure que la femme occupait dans la famille gauloise ressort du même endroit des *Commentaires*, puisque César y affirme qu'elle était jugée et condamnée par les parents du mari et qu'on la soumettait à la torture comme une esclave.

On s'est demandé si l'union conjugale était indissoluble chez les Gaulois, attendu que César, en parlant du régime des biens entre époux, ne fait mention que de la dissolution par le prédécès de l'un des conjoints [3]. Nous n'hésitons pas à ré-

[1] D'accord sur ce point avec Berlier, *Précis historique de l'ancienne Gaule*, p. 278; et Giraud, *Essai sur l'Histoire du droit français au moyen âge*, t. I[er], p. 55.

[2] César, *De bello Gall.*, V, 14.

[3] *De bello Gall.*, VI, 19.

pondre négativement à cette question. La position inférieure de la femme, la grande puissance du mari, et l'état général des mœurs gauloises ne permettent pas de douter un seul instant que le mari n'ait eu, comme chez toutes les races primitives, le privilége de répudier sa femme. Aussi retrouvons-nous cette faculté, après dix siècles encore, dans les lois du pays de Galles, et le savant Wotton, qui publia en 1730, le premier, ces antiques usages de la race gauloise, considère cette faculté de répudier comme un usage éminemment celtique.

De même que l'autorité maritale, la puissance paternelle était absolue et comprenait le droit de vie et de mort[1]. Le respect des fils pour leurs pères était tellement grand chez les Gaulois, qu'avant de porter les armes, ils ne pouvaient jamais se montrer en public à côté d'eux[2].

Ces traits généraux confirment l'origine asiatique de la race, en même temps que le caractère général de la famille celte; la puissance maritale et paternelle s'y trouve à sa plus haute ex-

[1] Cæsar, *De bello Gall.*, VI, 19 : « Viri in uxores, sicuti in liberos, vitæ necisque habent potestatem. »

[2] *Ibid.*, VI, 18 : « In reliquis vitæ institutis, hoc fere ab reliquis differunt quod suos liberos, nisi cum adoleverint, ut munus militare sustinere possint, palam ad se adire non patiantur; filiumque in puerili ætate, in publico, in conspectu patris assistere, turpe ducunt. »

pression, les femmes et les enfants n'y ont point encore conquis leur individualité, la famille est représentée par le chef seul.

Après la constitution personnelle, voyons la constitution réelle de la famille gauloise, à l'époque de la conquête romaine.

Malheureusement, les notions sur cette matière se réduisent à très-peu de chose. Ce que César[1] rapporte du régime des biens entre les conjoints dénote déjà une civilisation assez avancée; il n'y est plus question de l'achat réel ni symbolique de la femme, forme première du mariage chez toutes les races. C'est, au contraire, la femme qui apporte une dot de la maison paternelle; le mari y ajoute une valeur équivalente. Cette masse commune est administrée pendant le mariage, et elle reste, avec les fruits réservés, à l'époux survivant. Ce régime qui serait, d'après nos idées modernes, une communauté partielle, combinée avec une communauté d'acquêts et un préciput conventionnel, et qui paraît assez compliqué au premier moment, nous semble devoir être interprété autrement qu'il ne l'a été

[1] *De bello Gall.*, VI, 19 : « Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

jusqu'à ce jour. La nouvelle explication que nous donnons a le double avantage de rapprocher ce régime de ceux en usage chez les autres peuples se trouvant à un degré égal de civilisation que les Gaulois, et de faire disparaître cet inconcevable mouvement rétrograde que l'organisation de la famille gauloise aurait suivi, puisque le régime des biens entre époux, dans les coutumes galloises de Howel le Bon au dixième siècle, se rapproche beaucoup plus des rudiments premiers du mariage en usage chez les nations primitives, que celui décrit dans les *Commentaires* de Jules César.

Celui-ci, dans sa préoccupation de Romain, a pu prendre le principal pour l'accessoire, sans que pour cela, au fond, sa description du régime des biens matrimoniaux cesse d'être exacte. Ce que le mari donnait, n'était-il pas l'ancien *pretium,* le prix d'achat transformé en dot, don du matin ou douaire, que la femme recevait elle-même, après être arrivée à un certain degré d'émancipation? Cette donation maritale était ajoutée à ce que la femme apportait de la maison paternelle, apport que l'écrivain romain qualifie improprement de dot; car il ne servait nullement à supporter les besoins du ménage, ce qui est cependant la nature essentielle de la dot romaine et moderne. C'était tout simplement la

part que la fille recevait, en se mariant, sur le patrimoine de sa famille, coutume générale à toutes les races, même à celles où la femme est le plus durement traitée. Ces deux quotités de biens réunies formaient, avec les fruits acquis pendant le mariage, un douaire pour la veuve, en cas de prédécès du mari, et restaient la propriété de l'époux en sa qualité de chef de famille, quand le mariage était dissous par la mort de la femme. C'est ainsi que ce régime se rapproche de la dot germanique et du douaire, et perd ces allures de communauté de biens et de préciput, qui sont évidemment en désaccord avec l'état général de la civilisation gauloise.

C'est donc à tort qu'on a souvent voulu trouver dans ce régime les premières traces de la communauté de biens entre époux[1], puisque cette masse commune ne servait pas aux charges du ménage, mais était mise de côté avec tous les fruits qu'elle produisait; puisque, à la mort de l'un des époux, cette masse n'était pas partagée entre le survivant et les héritiers du conjoint décédé. Il est évident que le mari seul devait subvenir par ses propres moyens à toutes les dépenses de la famille, ce qui exclut toute idée de communauté. Cette erreur a été relevée par

[1] Comme Grosley, Bernardi, Lebrun, Guichard, Berlier, Pardessus, Mignet.

les travaux les plus récents [1], il est vrai, mais qui ont le tort, selon nous, d'expliquer le régime indiqué par César avec les idées et les institutions d'autres temps, complétement inconnues aux Gaulois du dernier siècle qui a précédé l'ère chrétienne. L'explication que nous avons essayée a l'avantage de décomposer ce régime d'après les éléments propres à tous les peuples se trouvant à un degré de civilisation égal à celui des Gaulois. En rattachant ainsi l'institution à la chaîne universelle de la civilisation humaine, nous faisons tomber l'observation d'un savant contemporain [2], « que cette coutume celtique n'a réellement d'analogue dans aucune autre coutume connue. »

Quant à l'ordre des successions, nous manquons complétement de détails. Ce qui est certain, c'est que les Druides décidaient les questions qui se présentaient dans les partages des successions [3], et ce qui est plus que probable, d'après la position de la femme dans la famille gauloise, c'est que ses droits d'héritière étaient plus circonscrits que ceux des parents mâles.

[1] Pardessus, *Loi salique*, 13me diss., p. 675. Laferrière, t. II, l. II, ch. II, p. 79 et suiv. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. Ier, p. 35.
[2] Giraud, *Essai*, t. Ier, p. 36.
[3] Cæsar, *De bello Gall.*, t. VI, p. 13.

tions [1] de l'île Britannique, prit et garda depuis le nom de Bretagne. Les *Actes de Bretagne*, l'*Assise du comte Geoffroy* et *la très-ancienne coutume* de cette province contiennent les usages et les lois de ces descendants des anciens Celtes. Mais qui osera contester que le droit romain, le droit canonique, et les coutumes des conquérants germains du reste de la Gaule, aient influé de la manière la plus évidente sur ces monuments de l'ancienne civilisation de la race gauloise? Aussi nous ne nous en occuperons que sous un point de vue spécial, en tant qu'ils peuvent servir à jeter de la lumière sur l'organisation si imparfaitement connue de la famille gauloise avant la conquête romaine, et à corroborer l'explication que nous avons donnée de l'esquisse tracée par Jules César.

Dans les lois galloises du dixième siècle, le principe monogame du lien conjugal ne souffrait plus aucune exception; mais le mariage était encore bien loin d'avoir le caractère d'indissolubilité. La facilité de rompre l'union était immense, et le mari surtout jouissait d'une très-grande liberté en fait de répudiation [2]; tandis

[1] Voy. sur ces immigrations, Giraud, t. Ier, p. 70. Laferrière, t. II, p. 18 et 49. De Courson, *Mémoire sur l'origine des institutions féodales chez les Bretons et les Germains*. (*Revue de Législation*, août, 1847, p. 385.)

[2] *Venedotian Code*, l. II, 1.

qu'il n'était permis à la femme de quitter son mari que dans trois cas déterminés, pour cause d'impuissance, de lèpre et d'haleine infecte[1].

Le consentement des parents de la femme était nécessaire pour le mariage régulier; cependant les lois du pays de Galles ont de nombreuses dispositions sur les femmes qui s'unissent clandestinement, c'est-à-dire sans l'assentiment de leur famille. La dot, anciennement payée aux parents pour l'achat ou pour la cession du pouvoir sur la fille, revenait à la femme elle-même; ce prix, cette donation, appelée *amobyr*, est différente selon la classe à laquelle la mariée appartient[2]. Il ne résulte pas clairement, de ces lois galloises, à qui était payé l'*amobyr;* tantôt c'est à la mariée elle-même [3], tantôt à ses parents [4], tantôt au roi ou chef politique [5].

Une autre donation que le mari faisait à sa femme, le lendemain de la première nuit, est le *cowyll*, traduit par *covered*, don de couverture, *maiden-fee*, prix de la vierge, par les jurisconsultes anglais. C'est le don du matin des peuples de

[1] *Vened. Code*, l. II, 1, 10. *Dimetian Code*, l. II, 18, 21. *Gwentian Code*, l. II, 29, 26.
[2] *Venedot. Code*, l. II, 1, 42-50.
[3] *Dimetian Code*, l. II, 18, 1.
[4] *Gwentian Code*, l. II, 29, 1.
[5] *Glossary in v. Amobyr.—Gwentian Code*, l. II, 29, § 19, 22, 33 et 34.

l'Orient, de la Scandinavie et de la Germanie.

Une troisième donation est l'*egweddi* ou le douaire, confondu chez les peuples du pays de Galles avec le prix d'achat ou la dot, donnée par le mari au moment du mariage; elle était également fixée à différents taux, selon la condition de la femme[1].

La séparation des époux produisait, quant aux biens, un effet différent, selon que le mariage avait duré plus ou moins de sept années. Si le divorce avait lieu avant cette époque, la femme reprenait les trois donations que nous venons de mentionner, l'*amobyr*, le *cowyll* et l'*egweddi*[2]. Dans le North-Wales on devait lui restituer aussi l'*argyvreu*, ce qu'elle avait apporté de la maison paternelle[3]. La coutume de Gwent fait également mention de cet apport, qui restait la propriété de la femme[4].

Après sept années révolues, les coutumes galloises prescrivaient le partage égal des biens, en cas de séparation de mariage[5].

Cette communauté de biens entre époux, après

[1] *Gwentian Code*, l. II, ch. 29.
[2] *Dimet. Code*, l. II, 18, 1. *Gwentian Code*, l. II, 29, § 5-11.
[3] *Venedot. Code*, l. II, 1, 9.
[4] *Gwentian Code*, l. II, 29, 27.
[5] *Venedot. Code*, l. II, 1, 1. *Dimetian Code*, l. II, 18, 2. *Gwentian Code*, l. II, 29, 12.

sept années de ménage, forme une particularité du droit gallois, et sert, en quelque sorte, de transition à l'idée du régime de la communauté, qui est devenu le droit commun d'une grande partie de l'Europe, après l'établissement des peuples germaniques.

La puissance maritale et l'infériorité très-marquée de la femme s'étaient maintenues dans les lois du pays de Galles ; mais le pouvoir du mari n'était plus aussi absolu sur la personne de sa femme, son droit de punir était circonscrit par la loi[1]. La femme mariée ne pouvait ni acheter ni vendre[2]. Celle d'un vilain ne pouvait même rien prêter ni donner sans l'autorisation de son mari. Celle d'un homme libre pouvait au moins donner ses vêtements, de la farine, du lait, du beurre et du fromage ; elle pouvait même prêter des meubles[3]. En général, une femme ne pouvait servir de caution, ni porter témoignage contre un homme, ni être admise, que fort exceptionnellement, au serment compurgatoire[4].

Le fils de famille restait sous la puissance pa-

[1] *Venedotian Code*, l. II, 1, § 5-6.
[2] *Venedotian Code*, l. II, 1, § 60.
[3] *Gwentian Code*, l. II, 29, 17-18. *Dimetian Code*, l. II, 18, 11. *Venedotian Code*, l. II, 1, 39.
[4] *Venedotian Code*, l. II, 1, 36.

ternelle jusqu'à l'âge de quatorze ans[1]; à cette époque, qui correspond à celle indiquée par César, l'adolescent était conduit auprès du seigneur ou chef dont il relevait, pour lui rendre hommage; dès ce moment il était majeur et émancipé[2]. Nous pensons, d'après ces données, que ce n'était pas le mariage, mais l'âge qui émancipait le fils de famille de la puissance paternelle[3].

Quant aux successions, le principe de l'affectation du patrimoine à la famille domine exclusivement chez les Gaulois de l'Angleterre. Les biens du défunt reviennent de droit à ses plus proches parents; les descendants ne peuvent être exhérédés; il n'est permis de faire un don mortuaire qu'à l'Eglise[4]. Cette exception est due à l'influence du clergé; elle est étrangère au droit gallique pur, et rappelle les mêmes exceptions en faveur de l'Eglise, introduites par le clergé dans les lois des peuples germaniques[5].

[1] C'était aussi l'époque de la puberté pour les filles. *Venedot. Code*, l. II, 1, 74.

[2] *Dimetian Code*, l. II, 14, 15.

[3] M. Laferrière pense, au contraire, que c'est par le mariage que le fils de famille était émancipé chez les Gaulois. V. son *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, l. II, p. 72 et suiv.

[4] *Leges Wallicæ*, p. 76, p. 149 et p. 348, éd. Wotton, 1730.

[5] Lois des Bavarois, des Allemans et des Burgondes.

Du reste, les droits de parenté s'étendaient à l'infini parmi la race celtique, et, sur ce point, le clan diffère essentiellement de la famille grecque et romaine, comme de la famille germanique. Le clan, parmi la race celtique, se prolonge indéfiniment, et n'a point d'autres limites que celle des familles et des individus qui remontent à la souche commune; tandis que la famille pélasgique en Grèce et en Italie, la famille germanique dans le centre de l'Europe, sont circonscrites dans de certaines limites, et le droit de succéder y cesse à de certains degrés.

Cette particularité du clan celtique, qui rappelle la tribu patriarcale de l'Asie, est une nouvelle et puissante preuve que l'élément oriental est représenté dans l'histoire de notre patrie par la race galloise. L'organisation de la population agricole que César[1] a trouvée dans les Gaules, et à laquelle il a appliqué les dénominations romaines de *clientes* et d'*ambacti*, était la conséquence du clan primitif; le souvenir de la parenté naturelle s'était effacé, mais les descendants de la même famille habitaient et cultivaient toujours les terres du chef de clan; les liens naturels étaient devenus des liens politiques.

Un autre principe de la constitution domes-

[1] *De bello Gall.*, VI, 15 et 40.

tique des Celtes, était l'égalité des enfants mâles et l'absence complète du privilége d'aînesse.

Dans les lois galloises du dixième siècle, nous rencontrons même des avantages accordés aux plus jeunes des enfants dans le choix des parts héréditaires[1]. Cet usage existait-il aussi chez les Gaulois de notre patrie? Il est vrai que César n'en fait mention nulle part; mais, d'un autre côté, les traces de ce droit de *juveigneurie* et de *maineté* se retrouvent dans quelques coutumes locales de notre ancienne Bretagne[2]. Un savant jurisconsulte a cherché à expliquer le silence de l'auteur des *Commentaires* de la guerre des Gaules, sur un usage aussi singulier, par la conjecture très-vraisemblable qu'il ne s'agissait que d'une coutume pratiquée parmi les populations rurales[3]. Hâtons-nous encore d'ajouter que la loi d'égalité n'en souffrait pas, puisque la préférence du juveigneur ne portait que sur l'attribution du toit paternel ou maternel, ou sur le droit de faire les lots. Ce droit du juveigneur de faire les *lotties* de partage avait été conservé, entre roturiers, par le droit commun de notre

[1] *Venedot. Code*, l. II, ch. 12, 3-4. *Dimetian Code*, l. II, ch. XXIII. *Gwentian Code*, l. II, ch. XXXI, § 1.

[2] *Usance de Quevaize*, art. 6. *Usance de Rohan*, art. 17 et 22.

[3] Giraud, tom. I, p. 73.

Bretagne, avant la réforme de la coutume opérée en 1580.

Enfin, ce que nous avons hasardé de dire sur l'infériorité des femmes dans les successions, au temps de César, se trouve grandement confirmé par les coutumes de la race galloise en Angleterre au dixième siècle. Les femmes étaient généralement exclues de la succession immobilière, car partout où il s'agit du partage des terres, il n'est question que des héritiers mâles [1]. Cependant elles transmettaient le plus souvent leurs droits à leurs fils [2], quoique les héritiers par les mâles paraissent avoir été préférés aux héritiers par les femmes [3]. Le fils né d'une mère qui s'était donnée sans le consentement de sa famille ne pouvait hériter d'aucune terre [4]. Quant à la succession mobilière du père, la fille avait la moitié d'une part de frère dans le North-Wales [5].

Cette infériorité absolue de la femme comme héritière dans la famille galloise, que nous retrouvons encore au dixième siècle, n'a rien

[1] *Venedot. Code*, l. II, ch. XII, § 1, et ch. XV, § 1. *Gwentian Code*, l. II, ch. XXXI, 1. *Dimetian Code*, l. II, ch. XXIII.

[2] « Whoever shall suffer his patrimony, or his maternity (c'est la terre héritée par la mère) given to another... » *Dimetian Code*, l. II, ch. XXIII, 17. *Venedotian Code*, l. II, 15, 6.

[3] *Gwentian Code*, l. II, 31, 6.

[4] *Gwentian Code*, l. II, 31, 4-5.

[5] *Venedot. Code*, l. II, 1, 64.

qui doive nous étonner. La race celte, expression de la famille orientale sur le sol européen, a dû nécessairement, comme tous les peuples de l'Asie, attribuer aux hommes une préférence marquée sur les femmes, et, dans la famille, la hiérarchie se traduit par des parts plus ou moins grandes dans les successions. Ni la conquête germanique, ni l'organisation de la famille féodale n'ont eu à changer à cette inégalité des sexes, car, et la constitution de la famille germanique, et les exigences du régime féodal réclamaient le bras vigoureux des mâles. L'infériorité de la femme est un fait nécessaire dans un état social où le possesseur d'un champ doit avoir la force et le courage de le défendre lui-même; où le détenteur du sol est appelé au service militaire personnel et à faire la guerre à la suite de son suzerain.

En général, l'organisation de la famille gauloise a gardé son caractère oriental jusque dans les lois galloises du dixième siècle, et ce, malgré les influences des conquérants germains de l'île Britannique; car le pouvoir absolu du chef de famille, l'infériorité de la femme, et l'absence du droit de disposer par testament furent des traits communs à la famille celte et germanique.

CHAPITRE III.

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE ROMAINE EN GÉNÉRAL, ET DE SON IMPORTATION DANS LES GAULES.

L'histoire de la famille, chez les Romains, et celle des transformations qu'elle a subies depuis la fondation de la ville éternelle jusqu'à la législation de Justinien, pourraient former la matière d'un livre. Nous, qui avons à exposer, dans le cadre restreint d'un volume, toutes les diverses organisations de la famille qui se sont succédé sur le sol de la France, nous ne pouvons donner qu'un chapitre à l'esquisse de l'organisation de la famille, selon le droit romain importé par la conquête; ce droit qui, après avoir absorbé l'élément celte, avait fini par devenir la loi commune de toute la Gaule, conséquence bien naturelle d'une domination de cinq siècles; ce droit enfin qui, plus tard, après l'invasion et l'établissement des peuples germaniques, a continué à régir une partie de la France, les pays de droit écrit,

et a tant influé, quoique d'une manière indirecte, sur la formation du droit des pays coutumiers.

Le rôle qu'ont joué la civilisation romaine et le droit romain en particulier, dans l'histoire de la civilisation humaine et du droit universel, c'est d'avoir cherché à concilier le principe de l'immobilité, l'élément aristocratique personnifié par l'Orient, avec le principe du mouvement, l'élément démocratique, personnifié par l'hellénisme. Rome, la première, a cherché à concilier l'Etat qui, chez les nations de l'Asie, absorbait tout, famille et individu, avec la liberté personnelle qui, poussée à un individualisme exagéré, fut cause du morcellement et du peu de durée des républiques grecques.

C'est lors de la révolution du Mont-Sacré (260 de Rome) que cette lutte éclata; dès ce moment la cité politique se constitua sur une base double; dès ce moment, se révéla cette dualité qui a été la marque la plus caractéristique du droit civil de la république romaine.

La république à Rome a été l'époque de la lutte incessante entre l'élément aristocratique et l'élément démocratique. Cette lutte n'a cessé que lorsque la législation impériale, épurée par la philosophie et par le christianisme, a fondu ensemble les anciens éléments hétérogènes. Cet antagonisme se personnifiait dans le dualisme du

droit et des institutions civiles. D'un côté, le droit strict (*jus civile*); le mariage civil (*justæ nuptiæ*); la puissance maritale et la puissance paternelle (*manus et patria potestas*), qui absorbaient la personne et les biens de la femme et des enfants et ne leur permettaient de rien posséder par eux-mêmes; la parenté civile (*agnatio*); le droit absolu de disposer de son bien par testament; la propriété quiritaire; les *res mancipi*; et les contrats de droit strict. De l'autre côté, la législation prétorienne, fondée sur l'usage, l'équité et la raison; le mariage libre; le pécule *castrense* et le pécule *quasi castrense;* la parenté naturelle (*cognatio*) ; la succession basée sur les liens du sang; la propriété bonitaire; les *res non mancipi*; et les contrats de bonne foi.

La famille romaine, du temps de la conquête des Gaules, n'est plus celle des Douze Tables, mais elle n'est pas encore la famille, telle que la philosophie du Portique et le christianisme l'avaient constituée sur ses bases naturelles, et qui trouve sa forme définitive dans la dernière législation de Justinien. C'est l'époque mémorable où tous les grands éléments de la civilisation future commencent à poindre à l'horizon: la philosophie stoïcienne représentée par les écoles des grands jurisconsultes; le christianisme annoncé par son immortel fondateur; le monde

germanique, qui se fait sentir pour la première fois dans la forêt de Teutoburg par le désastre des légions romaines.

Mais la houle orageuse de la démocratie, qui battit sans cesse les flancs de l'organisation aristocratique de Rome, la philosophie du Portique et la nouvelle religion du Christ ne furent que des moyens dans la main de celui qui dirige les destins de l'humanité. Ils ne furent que les instruments par lesquels le droit naturel, résultat de la conscience du genre humain, devait triompher de ce droit étroit, aristocratique, formuliste et artificiel, qui fut celui de Rome primitive.

Ce fut, dans le rayon plus étroit de la famille, le réveil des affections et des sentiments naturels; et la liberté et l'égalité produisirent ainsi l'émancipation graduelle de la femme, du fils de famille et de l'esclave.

Il est, par conséquent, de la dernière importance de bien fixer le caractère général du droit romain, tel qu'il régit la Gaule au moment de la chute de la domination de Rome. Ce n'est plus cette législation théocratique et patricienne du temps de la royauté et des premiers siècles de la république, portant à la fois le sceau formaliste de la théocratie étrusque et l'empreinte d'immobilité du génie agricole et dominateur des Pélasges italiques; ce n'est plus cette famille organisée

plutôt sur des bases politiques que naturelles, plutôt en vue de l'État qu'en vue des individus qui la composent. C'est le droit romain, ayant déjà subi l'immense influence de l'élément démocratique, se transformant continuellement par la philosophie du Portique, et arrivant à une dernière épuration par les principes d'égalité et de liberté, favorisés et propagés par le christianisme. C'est là qu'en était la civilisation romaine dans les Gaules, au moment de la chute de l'empire.

Or, il s'agit de bien préciser l'époque, chaque fois qu'on parle de la civilisation et de la législation de Rome. Les phases par lesquelles la constitution publique et le droit privé ont passé depuis les origines de la colonie italique jusqu'à la chute des empires d'Occident et d'Orient, forment le cycle complet d'une civilisation, depuis les rudiments de la société théocratique la plus absolue jusqu'à la démocratie la plus effrénée. Or, en considérant de cette manière le droit public et privé de Rome, on trouvera, à chacune de ses époques, des situations parfaitement conformes dans les lois et les institutions des autres fractions de la famille humaine. Pour celui qui se place à ce point de vue élevé, le caractère exceptionnel du droit romain, que lui ont imprimé les docteurs dans des siècles où on n'étudiait d'autres lois que celles de Rome, disparait

complétement. La civilisation et la législation de Rome rentrent dans le cadre du développement général de l'humanité[1].

A partir de la conquête du pays par les armes de César, jusqu'à l'invasion et l'établissement des tribus germaniques, des Francs, des Visigoths, des Burgondes, des Allemans et des Bavarois, la Gaule suivit les progrès de la législation romaine ; et au moment où la domination de Rome fut obligée de céder la plus grande partie du pays au pouvoir des barbares, voilà quels étaient les monuments du droit qui régirent la Gaule :

Les Institutes de Gaïus ;

Les Sentences de Paul ;

La collection des Constitutions des empereurs païens, à partir d'Adrien, connue sous le nom de Codes grégorien et hermogénien ;

La célèbre loi des Citations de Théodose et Valentinien de l'an 426, qui donnait force de loi aux écrits des cinq jurisconsultes : Papinien, Paul, Gaïus, Ulpien et Modestin, pour tous les cas douteux et non prévus ;

[1] M. Michelet a exprimé la même idée à un autre point de vue. « Nul peuple, dit le brillant auteur des *Origines*, n'a fourni une carrière plus complète que l'Italie ancienne, nul ne présente les trois âges (les âges sacerdotal, guerrier et raisonneur) plus nettement marqués. » *Introduction aux Origines du droit français cherchées dans les symboles*, page C.

Le Code théodosien, renfermant les Constitutions impériales depuis Constantin jusqu'à Théodose le Jeune (de 312 à 438), publié en 438 par ce dernier prince et introduit dans la Gaule immédiatement ou peu d'années après [1];

Enfin, la *lex romana Visigothorum*, le Bréviaire d'Anien, qu'Alaric, roi des Visigoths, fit publier, en 506, pour ses sujets romains, un an avant qu'il perdit le trône et la vie contre Clovis, dans la bataille de Vouglé [2]. Ce recueil de lois donnait le résumé du droit romain en vigueur dans la Gaule, et avait pour base le Code théodosien [3]. Ses compilateurs y avaient ajouté ce qui, dans les sources antérieures, les Codes grégorien et hermogénien, et les livres des jurisconsultes, « paraissait nécessaire aux questions des temps présents [4] »; ainsi que les Novelles impériales publiées depuis Théodose le Jeune.

[1] Voir les preuves tirées de Sidoine Apollinaire et de Grégoire de Tours, chez Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome, etc.* t. II, p. 387 et notes.

[2] Au lieu appelé aujourd'hui Voulon, entre Vivonne et Civray. On y voit encore les vestiges d'un camp retranché.

[3] On lit dans le *Commonitorium*, qui se trouve en tête du Code d'Alric : « In hoc corpore continentur leges sive species juris de Theodosiano et diversis libris electæ, etc. »

[4] *Lex Rom. Visigoth.*, l. I, t. IV, interpr. in fine : « Sed ex his omnibus juris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Caio, Papiniano et Paulo, quæ necessaria causis præsentium temporum videbantur elegimus. »

Enfin on y trouve une interprétation de chaque loi, qui en donnait la substance ou en modifiait quelquefois le contenu.

L'autorité du Bréviaire d'Alaric[1] a été assez grande pour primer tous les autres monuments de droit romain dans les Gaules, et il fut considéré, dans cette contrée, comme la base de la législation[2]. Ce privilége était dû à sa date plus récente, à l'appropriation des textes aux besoins du pays et de l'époque, à la défense de se servir d'aucune autre loi sur le territoire soumis aux Visigoths[3]; à ce que ce Code était une législation chrétienne, ce qu'il avait de commun, il est vrai, avec le Code théodosien; enfin et surtout, à ce fait remarquable, que le Bréviaire avait reçu l'assentiment national d'une assemblée du pays, ce qui lui donna un caractère d'autonomie qui manquait à toutes les autres lois romaines. On sait que la composition

[1] Ce Code est appelé indifféremment *Bréviaire d'Alaric*, d'après le roi qui le fit composer, ou *Bréviaire d'Anien*, d'après son référendaire qui concourut à la rédaction.

[2] « Breviarium codicis Theodosiani pro fundo juris habebatur », dit Godefroy dans ses *Prolégomènes* au *Code Théodosien*, ch. VII, t. I, p. 225.

[3] Le législateur dit dans le *Commonitorium* aux comtes : « Providere ergo te convenit, ut in foro tuo *nulla alia lex, neque juris formula* proferri vel recipi præsumatur; quod si factum fortasse constiterit, aut ad periculum capitis tui, ut ad dispendium noveris facultatum. »

du Code d'Alaric fut confiée à des évêques et à des nobles, et que l'ensemble de ses dispositions fut approuvé par une assemblée de clercs et de grands[1] de la Narbonnaise et d'une partie de l'Aquitaine. Mais, quand on pense que l'appui de l'Eglise, la seule institution organisée dans ces temps de trouble et de décomposition, devait nécessairement être acquis à une législation sortie en partie des mains des évêques, on ne s'étonnera plus que le Code d'Alaric fût devenu la loi presque générale. Le clergé l'adopta; les canons de l'Eglise, les Formules et les Capitulaires de la race carlovingienne le prirent comme l'expression du droit romain dans les Gaules.

Nous mentionnons encore, pour compléter la série des monuments de droit romain dans les Gaules, le recueil qui fut rédigé vers 517 pour les sujets romains du roi des Burgondes, et connu sous le nom de *Lex romana Burgundionum*. Mais ce recueil ne fut qu'une loi personnelle et appartient, du reste, déjà à l'époque de l'invasion germanique. Son importance

[1] Le *Commonitorium* dit : ..... « *adhibitis sacerdotibus ac nobilibus viris* » ; et « quibus omnibus enucleatis atque in unum librum prudentium electione collectis, hæc quæ excerpta sunt, vel clariori interpretatione composita, *venerabilium episcoporum vel electorum provincialium nostrorum* roboravit assensus. »

ne peut être comparée sous aucun rapport à celle du Bréviaire d'Alaric.

Il s'agit maintenant de voir quelle était l'organisation de la famille d'après les monuments de la législation romaine que nous venons d'énumérer, et qui formaient l'état juridique des Gaules au moment de la chute de la domination romaine dans ce pays. Mais, comme il nous a paru difficile de faire comprendre cette organisation sans en donner le développement historique, nous allons y rattacher l'esquisse des principaux traits de la constitution domestique des Romains depuis son origine, et les transformations successives qu'elle a subies dans le développement de la civilisation romaine.

§ 1.

Mariage; autorité maritale; régime des biens entre époux.

La famille, à Rome, était avant tout une institution organisée dans des vues politiques plutôt que basée sur les sentiments de la nature et les règles de l'équité. C'était du moins son caractère primitif, tel qu'il nous apparaît dans les Douze Tables et dans les lois qui ont développé le droit civil de la cité. Le chef de la famille, père ou aïeul (*pater familias*), réunit tous les pouvoirs en sa main. A l'intérieur il exerce une puissance

absolue; sa femme, ses enfants, même mariés et pères, ne sont guère moins soumis à son pouvoir que ses esclaves[1]; il n'y règne pas seulement en maître, il est aussi le pontife et le magistrat. Au dehors, c'est-à-dire dans ses rapports avec l'Etat, il représente seul sa maison, lui seul semble exister; tout ce qui se meut dans l'intérieur de la famille n'est pas du domaine du gouvernement public. Le mari avait ainsi, dans les premiers temps de Rome, un droit absolu sur la personne de sa femme. Egnatius Mételius, qui vécut sous Romulus, tua sa femme pour s'être enivrée, et Valère Maxime[2] affirme qu'il n'y eut personne qui blâmât ce fait, que tout le monde au contraire regardait comme un salutaire exemple.

Cependant cette omnipotence du chef (*pater familias*) a dû trouver plus tard une limite dans la famille même. Les agnats (*agnati*) et les alliés (*affines*) formèrent souvent une espèce de tribunal de famille, que le chef consultait, quand il s'agissait de graves méfaits de la femme ou des enfants. Les exemples abondent dans les auteurs latins [3].

[1] L'étymologie du mot latin *familia* démontre clairement l'état de cette famille primitive, car *familia*, primitivement *famulia*, vient de *famulus*, esclave.

[2] Valer. Maxim., *Memorabil.* VI, 3, 9; voir aussi Plutarchus, *De Romulo*.

[3] Sueton., *In Tiberio*, c. XXXV; Tacit., *Annal.*, XIII, 32;

Le mariage, chez les Romains, ne pouvait donc être l'association de deux personnes égales; la femme qui était passée dans la puissance maritale (*in manum*) par un mariage civil (*justis nuptiis*), loin de devenir l'égale ou l'associée de son époux n'occupait que le rang d'une fille, et reprenait, par conséquent, dans la famille de son époux la même place qu'elle venait de quitter dans celle de son père. La femme n'était donc que la fille adoptive de son mari, et la loi la considérait comme la sœur de ses propres enfants; tout ce qu'elle possédait au moment du mariage devenait aussitôt la propriété de son époux en sa qualité de chef de famille. De même pendant le mariage, tout ce que la femme acquiert, à quelque titre que ce soit, revient au *pater familias;* car, pas plus que les enfants et les esclaves, la femme en puissance maritale (*in manu*) n'est une personne *sui juris.*

Quant aux liens de la femme avec la famille paternelle, la puissance maritale (*manus*) les rompait complétement. En entrant dans la famille de son mari, la femme devenait étrangère à sa propre famille, son père perdait sa puissance

Livii *Epit.*, 48; Val. Max., *Memorabil.*, II, 9, 2; III, 5, 1; V, 8, 2; V, 9, 1; VI, 1, 1, et VI, 3, 8.; Dion. Halic., II, 25; Plin., *Hist. nat.*, XIV, 13; Seneca, *De clementia*, c. XV; Tertull., *Apolog.*, c. VI.

paternelle, et ses agnats étaient privés des droits de tutelle et de succession qui pouvaient leur échoir.

A côté du mariage qui avait pour conséquence la *manus*, et brisait tous les liens entre la femme et sa propre famille, s'introduisit de bonne heure le mariage libre, parfaitement reconnu par la loi, et procréant, par conséquent, des enfants légitimes et soumis à la puissance paternelle[1], mais union débarrassée des formes qui produisaient l'autorité maritale, et par laquelle la femme, tout en vivant avec son époux, n'entrait point dans sa famille, restait dans la dépendance de ses propres parents, et gardait, en un mot, sa famille, ses dieux et ses biens.

Si, dans le mariage avec la *manus*, l'individualité de l'épouse était trop absorbée par la puissance maritale, on peut dire que, dans le mariage libre, la femme est restée trop étrangère aux intérêts de son époux. Asservissement d'un côté, séparation presque absolue de l'autre, voilà ce que nous présentent ces deux formes différentes de l'union conjugale à Rome; à au-

[1] Ce point, que le mariage libre, quoique ne produisant pas la puissance maritale, produisait néanmoins la puissance paternelle, comme étant une forme des *justæ nuptiæ*, est aujourd'hui acquis à la science. V. Troplong, dans la *Revue de Législation*, oct. 1848, p. 129 et suiv.

cune d'elles on ne saurait appliquer les belles définitions théoriques du mariage de Columelle [1] ou de Modestin [2].

Dans le mariage libre, la femme, qui s'appelait *uxor* [3] et *matrona*, tandis que l'épouse en puissance maritale (*in manu*) portait le titre pompeux, mais menteur, de *mater familias* [3], restait dans la puissance des siens; le pouvoir paternel ne cédait point à l'autorité maritale, et par une révoltante exagération même, on a vu des pères contraindre leurs filles au divorce et trou-

[1] *De re rustica*, l. XII : « Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret; sed in commune conspirabatur ab utroque ut cum forensibus negotiis, matrimonialis sedulitas industriæ rationem parem faceret. »

[2] « Viri atque mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens, divini atque humani juris inter conjuges communicatio. § 1, *Inst.* et L. 1, Dig. *De nuptiis*.

[3] *Uxor* était le mot générique. — Cicer., *Topic.*, III. (éd. Panckoucke, t. V, p. 224) : « Genus enim est *uxor*; ejus duæ formæ. Una, *matrum familias* earum, quæ in manum convenerunt; altera earum quæ tantummodo *uxores* habentur. » Ces dernières sont les *matronæ*. V. la note suivante d'Aulu-Gelle.

[4] Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XVIII, 6 : *Matrem* autem *familias* appellatam esse eam solam quæ esset in mariti manu mancipioque, aut ejus in cujus maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui hæredis locum venisset. *Matronam* (contra) proprie dictam, quæ in matrimonio convenisset (non in familiam). »

bler le repos des mariages. Ce n'est que sous Antonin qu'il fut remédié à cet abus odieux de la puissance paternelle [1]. Quant à la fortune, il y avait la séparation la plus absolue entre les biens des époux, et ce principe était poussé jusque dans ses dernières conséquences; ils pouvaient s'intenter réciproquement une action pour fait de soustraction (*actio rerum amotarum*) [2], et qui est plus, l'action aquilienne, pour dommage causé aux bijoux de l'autre, et afin de les faire réparer [3].

Quelle que soit la savante et politique combinaison des institutions, les sentiments naturels de l'humanité reprennent toujours le dessus. La *manus* avait soumis l'épouse romaine à une dépendance voisine de l'asservissement, les femmes s'y dérobèrent en adoptant la forme du mariage libre; une réaction en amène une autre, et peu à peu le mariage *in manu* dut céder la place au mariage libre. « On avait organisé la tyrannie, dit M. Troplong [4], on recueillit la licence. Telle est la marche ordinaire des choses humaines. »

Le mariage libre, d'ailleurs, était déjà pra-

[1] Troplong, *Contrat de Mariage*, préface, p. 49 et s.
[2] L. 2, Dig., *De act. rer. amot.* (XXV, 2).
[3] L. 26, § 30, et L. 56, Dig., *Ad leg. Aquil.* (IX, 2).
[4] Préface du *Comment. du Contrat de Mariage*, p. 53.

tiqué du temps des Douze Tables, puisque cette législation permettait à la femme *in usu*, de se soustraire à la puissance maritale (*manus*) en s'absentant, pendant trois nuits de l'année, du domicile conjugal (*trinoctium usurpatione*). Il avait envahi les mœurs romaines dès l'âge de Caton, ce type du Romain antique, qui haïssait la civilisation grecque, le luxe, et les femmes, comme les plus dangereux instruments de la corruption des mœurs, et qui ne pouvait se pardonner trois choses : d'aller par mer là où il pouvait arriver par terre, d'avoir passé une journée dans l'oisiveté, et d'avoir confié un secret à sa femme. Caton s'opposa de toutes ses forces à l'émancipation des femmes; il fut l'un des plus chaleureux défenseurs de la loi Oppienne, dirigée contre le luxe du beau sexe, et ses efforts pour faire adopter la loi Voconienne avaient pour but principal de remédier aux abus provenant des mariages libres, et d'empêcher la concentration de trop grandes richesses dans les mains des femmes.

Mais que peuvent, à certains moments, les lois contre le courant des mœurs et de l'opinion ? Le mariage libre n'en continuait pas moins à remplacer de plus en plus le mariage *in manu*.

Au temps de Gaïus, c'est-à-dire au deuxième siècle de l'ère chrétienne, l'une des trois formes

matrimoniales pour acquérir la *manus* avait entièrement disparu, c'était la possession (*usus, usucapio*), par laquelle le mari acquérait sa femme comme une simple chose. Quant à la confarréation, elle n'était plus admise que parmi les anciennes familles patriciennes, parce que certaines charges pontificales ne pouvaient être confiées qu'à des hommes issus d'un tel mariage, et engagés dans ses liens [1]. La coemption, par conséquent, était à cette époque presque la seule forme de mariage en usage pour acquérir la puissance maritale (*manum*)[2].

Dans les Gaules, sous l'empire, le mariage libre seul avait survécu ; il était basé sur la volonté libre des époux, et le consentement du père, de l'aïeul, ou des parents qui étaient les tuteurs de la femme, était nécessaire; mais le défaut de consentement de ces derniers ne viciait point cette union : ils pouvaient s'opposer au mariage, mais non le déclarer nul. Malgré l'introduction du christianisme, le droit romain dans les Gaules ne confondit point le contrat civil et le sacrement. Le mariage était valable même sans bénédiction nuptiale, et la dot, comme toute autre solennité, pouvait manquer; il suffisait, d'après

[1] Tacit., *Annal.*, IV, 16; Gaïus, *Comm.*, I, § 112; Servius, *Ad Virg. Æneid.*, IV, 103 et 374.

[2] Gaïus, *Comm.* I, §§ 110-113.

la déclaration de Théodose et de Valentinien, adoptée par le Code d'Alaric, du seul consentement des époux et du témoignage des amis. Cette doctrine est restée celle du droit écossais, et explique la légalité des mariages passés à Gretna-Green devant le fameux forgeron, qui ne faisait absolument que remplir les modestes fonctions de témoin.

La monogamie a été le principe et l'essence du mariage à Rome, dès les premières origines. Le concubinat, quoique reconnu par les lois romaines et produisant des effets légaux, n'a cependant jamais entamé le moins du monde le principe monogame du mariage. Il était expressément défendu d'avoir une concubine pendant qu'on était engagé dans les liens du mariage, ainsi que de tenir plusieurs concubines à la fois[1]. Les Césars ont tour à tour porté des constitutions favorables ou restrictives par rapport au concubinat; les considérations économiques ont été pour beaucoup dans ces fluctuations de la législation.

La dépopulation de l'Italie surtout a été un des grands motifs pour favoriser cette institution; le législateur, mû par le désir d'accroître la population, se vit en quelque sorte forcé de recon-

[1] *Paulli Sent. recept.* II, 20. L. 11, § 2. D. *De divortio* (XXIV, 2). L. 121, § 1. Dig. *De V. O.* (XLV, 1).

naître le concubinat à côté du mariage légitime. Les lois portées sous Auguste, dans le but de favoriser les mariages, ayant puni le veuvage comme le célibat, les veufs, pour échapper à ces dispositions légales sans donner de nouveaux cohéritiers aux enfants du premier lit, prenaient souvent une concubine pour seconde femme. Les empereurs Vespasien, Antonin et Marc-Aurèle en présentent des exemples.

Le droit de Justinien [1] continua à regarder le concubinat comme une union licite, et ce n'est que dans l'empire d'Orient qu'il fut plus tard aboli par Léon le Philosophe [2]. Le concubinat se maintint par conséquent en Occident, et fut dans les Gaules une institution parfaitement légale.

S'il est permis de jeter un coup d'œil sur un pays voisin, nous pouvons y recueillir une preuve plus éclatante encore de la ténacité du concubinat dans les mœurs des anciens sujets romains, même après leur conversion au christianisme. L'Eglise elle-même, et cela dans un pays comme l'Espagne où elle tenait le pouvoir suprême, n'osait pas attaquer de front cette institution enracinée dans les mœurs, et se voyait forcée de composer avec elle et de la tolérer. Le décret suivant,

[1] *Novell.* XVIII, c. 5.
[2] *Novell. Leon*. XCI.

émané du concile de Tolède (I, c. XVII), est remarquable :

« Si quis habens uxorem fidelem concubinam « habeat, non communicet. Ceterum qui non ha- « bet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a « communione non repellatur ; tantum ut unius « mulieris, aut uxoris, aut concubinæ (ut ei pla- « cuerit), sit conjunctione contentus. »

On sait que le concile de Tolède a été tenu en 589. Un exemple semblable de la tolérance de l'Eglise a été donné par le concile de Tribur, en 895 [1].

Aussi les rois francs de la première et même de la seconde race [2] avaient tenu ouvertement des concubines en dépit des lois religieuses ; et, telle fut la persistance du concubinat légal dans les mœurs du peuple, que des traces s'en retrouvent à Toulouse, en plein treizième siècle [3].

[1] V. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 431.

[2] Charlemagne lui-même, ce modèle de son époque, avait eu deux femmes légitimes, Hildegarde et Fastrade, et six concubines, dont les noms nous ont été conservés par Eginhard, *Vie de Charlemagne*, p. 142. Selon une autre version (celle d'Aimon, IV, 64), cet empereur avait eu une femme légitime, du nom de Berthe, qu'il répudia, sans que l'histoire nous en ait conservé les motifs.

[3] Voir la sentence de Toulouse de 1246, imprimée dans Giraud, *Essai sur l'histoire du Droit français au moyen âge*, t. I, pièces justificatives, p. 113.

Quelques mots encore sur le divorce chez les Romains.

La dissolution du mariage par la volonté des deux époux s'appelait divorce (*divortium*), celle par la volonté du mari seul, répudiation (*repudium*). Pour la dissolution des mariages contractés par la confarréation ou la mancipation, des formes semblables étaient nécessaires [1] ; pour le mariage libre, la seule volonté écrite (*libellus repudii*) suffisait. Quant aux motifs pour lesquels le mari pouvait répudier la femme qui se trouvait dans la puissance maritale (*in manu*), ils étaient circonscrits à quelques cas exceptionnels dès les plus anciens temps. Une loi de Romulus, mais dont l'authenticité a été révoquée en doute, aurait assigné, comme motifs de divorce de la part du mari, l'adultère, l'avortement volontaire, et la négligence des soins du ménage [2]; depuis on y a ajouté l'empoisonnement, la substitution d'un enfant étranger et la fabrication de fausses clefs [3]. Ce que les auteurs romains [4] ont rapporté du chevalier Spur. Carvilius Ruga,

[1] Festus, v. *Diffarreatio* et *remancipatio*.

[2] Unger, *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*. Wien, 1850, p. 71.

[3] Burchardi *Lehrbuch des Roem. Rechts*. Stuttgart, 1843, § 107, p. 251.

[4] Denys d'Halic., II, 26. Plut. *Vie de Romulus*, c. 6. Aulu-Gelle, IV, 3, XVII, 21.

qui aurait donné, en l'an 519 de Rome, le premier exemple d'un divorce, est un fait si peu en harmonie avec le débordement des mœurs et la multiplication effrayante des divorces dans les derniers siècles de la république, qu'il ne reste, à moins de nier le fait même, qu'une seule explication possible : c'est que cette séparation fut le premier exemple de la dissolution d'un mariage *in manu*, en dehors des causes légales; car c'est sur la stérilité seule de sa femme, reconnue par tous comme un modèle de vertu, que Carvilius avait basé sa demande en divorce.

Quant à la dissolution du mariage libre, elle n'était liée par aucune entrave. Non-seulement la stérilité, la mauvaise conduite, l'ivresse de la femme faisaient rompre le mariage, mais il suffisait du libertinage, du caprice du mari; et il est constaté, que ces divorces-là se sont présentés fréquemment avant le sixième siècle de la république, époque de Spur. Carvilius Ruga. Vers la fin de la République, le droit de divorcer, qui n'avait appartenu d'abord qu'au mari, fut aussi attribué à la femme, par suite de ce principe qui prévalut, que, puisque le simple consentement suffisait à établir le nœud conjugal, ce lien devait finir du moment que le consentement cessait d'exister. C'était saper le mariage dans ses fondements, et les femmes surtout

firent un déplorable abus de cette facilité de divorcer; tous les écrivains romains en sont remplis; le divorce devint une affaire de tous les jours [1].

La première législation impériale avait cherché un palliatif à ce mal profond, par la privation de certains avantages en cas de divorce. La loi *Julia* (*De maritandis ordinibus*) avait été jusqu'à frapper de la perte de la dot la femme qui, par sa faute, avait provoqué le divorce; mais l'instabilité des unions conjugales était entrée trop profondément dans les mœurs du peuple romain. Les empereurs chrétiens, ne pouvant réussir à faire pénétrer dans la loi civile le principe de l'indissolubilité du mariage, s'efforcèrent au moins de lui donner plus de stabilité, en supprimant le divorce par consentement mutuel et la répudiation pour cause légère. A cette époque, la distinction établie entre le divorce et la répudiation s'était effacée. Constantin et Honorius n'admirent le divorce que dans trois cas : contre le mari, s'il était homicide, violateur de tombeaux ou magicien; contre la femme, si elle était adultère, adonnée aux maléfices, ou proxénète de corruption.

Tel était aussi l'état juridique du divorce dans

[1] « Quotidiana repudia », dit Sénèque, *De Provid.*, c. 3.

moignent de l'extrême difficulté de se marier, qu'éprouvaient les filles sans dot [1]. L'amour ne paraît pas avoir joué un plus grand rôle dans les mariages à Rome que dans notre temps de positivisme et d'intérêts matériels, où la dot est le plus souvent l'unique mobile du mariage.

La dot était acquise au mari, et se confondait dans le reste de sa fortune; il en devenait propriétaire absolu, il pouvait aliéner le fonds dotal, intenter une action même contre la femme, pour détournement d'objets compris dans la dot [2], et, quand la femme venait à mourir, il n'était pas tenu de rendre la dot à ses héritiers.

Tel fut le régime dotal dans l'origine; l'adoucissement des mœurs et aussi l'influence des idées grecques y apportèrent quelques restrictions, quoique tardives. Ainsi, le mari fut obligé à restituer la dot à son beau-père (*solatii loco*), à la mort de sa femme, pour que le père ne fût pas à la fois privé de son enfant et de son bien [3]; mais c'est un privilége exclusivement réservé au père, et qui ne s'étend pas même à la mère par laquelle la dot a été constituée [4]. Une autre res-

[1] Plaut. *Aulul.* act. II, sc. II, v. 13-15. *Trinumm.* act. III, sc. II, v. 64-65. L. ult. Dig. *Quæ in fraud. cred.* L. ult. Dig. *De doli mali exceptione.*

[2] L. 24, Dig. *Rer. amotar.* (XXV, 2.)

[3] L. 6. Dig. *De jure dotium.*

[4] *Ulpiani Regular.* tit. VI, § 4.

triction apportée au droit du mari sur la dot, c'était qu'en cas de prédécès de l'époux, la femme pouvait se faire restituer, par les héritiers de son mari, ce qu'elle avait apporté en dot [1]. Mais ce ne furent que des palliatifs, et quand la corruption des mœurs et par suite la licence des divorces rejetaient sans cesse dans la société un nombre toujours croissant de femmes dans le dénûment, il fallait absolument des remèdes plus énergiques pour sauver les dots de ces infortunées. Il était bien d'usage de stipuler dans les contrats de mariage la restitution de la dot, en cas de divorce, et le préteur avait même introduit l'action *rei uxoriæ* [2], pour le cas où cette clause (*cautio rei uxoriæ*) n'avait pas été stipulée. Mais malheureusement, cette action était très-souvent illusoire, parce qu'elle ne pouvait être utilement exercée contre un mari ruiné et sans fortune. D'un autre côté, une fois que la restitution de la dot était admise, en cas de divorce, on ne tarda pas à s'apercevoir, qu'il serait également profitable pour la femme de retrouver sa dot intacte en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari. Cette raison, jointe au désir de favoriser les seconds mariages pour ac-

[1] L'histoire des Gracches en fournit un exemple. Troplong, *Comment. du contrat de mariage*, préface, p. 48 et s.
[2] Aulu-Gelle, XVII, 6.

croître la population, donna lieu à de nouvelles lois, qui devaient garantir à la veuve l'intégralité de sa dot pour pouvoir contracter de nouveaux liens; et c'est dans ce sens qu'il faut entendre le jurisconsulte Paul[1], quand il dit « qu'il est de l'intérêt public que les dots des femmes soient garanties pour qu'elles puissent se remarier. »

Le droit de propriété du mari sur la dot de sa femme fut, par conséquent, grandement circonscrit par la législation impériale. La loi *Julia* (*De adulteriis*) lui ôta la libre disposition du fonds dotal; il ne pouvait plus aliéner, sans le consentement de sa femme, les propriétés situées en Italie; la loi lui défendit encore d'hypothéquer le bien dotal, même avec le consentement de sa femme.

Nous voilà déjà bien loin de ce domaine exclusif que le mari avait dans l'origine sur la dot; mais ce n'est rien encore en comparaison de ce que Justinien, l'auteur du régime dotal des Codes modernes, fit pour les femmes, faveurs qui lui méritèrent le surnom de *uxorius*. C'est par les lois de ce prince, que la nature de la dot changea complétement. Avant lui elle n'avait pas été restituée en cas de prédécès de la femme; par suite de la législation de Justinien, la dot

[1] L. 2, Dig. *De jure dotium* : « Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. »

devait être restituée toujours et dans tous les cas de dissolution du mariage; le mari ne garda plus qu'une propriété temporaire, limitée, mutilée même dans ses prérogatives les plus essentielles. La dot devint inaliénable, même en cas de consentement de la femme; elle sortit entièrement du commerce, la véritable propriété en revint à l'épouse, et il lui fut accordé une hypothèque légale sur tous les biens du mari, pour en garantir la restitution.

Ainsi, tandis que la confusion ou plutôt l'unité du patrimoine avait été le caractère distinctif du régime des biens entre époux dans le mariage qui donnait la *manus;* dans le mariage libre, et par le développement du système dotal, le principe de la distinction des patrimoines du mari et de la femme avait prévalu. Les biens de celle-ci, compris dans la dot, restaient sa propriété, le mari n'en avait que l'administration; et quant aux biens de la femme non compris dans la dot, ceux qu'on appelait *extra-dotaux* ou *paraphernaux*, elle en gardait la pleine et entière disposition.

On peut dire qu'à une certaine époque l'émancipation de la femme romaine avait été poussée à un point exagéré, et à cet égard, nous ne pouvons exprimer plus élégamment notre pensée que dans les termes dont s'est servi, tout

récemment, un de nos plus grands jurisconsultes contemporains[1].

« Quoi qu'il en soit, nous apercevons ici un singulier retour des choses d'ici-bas. Au début de la société romaine, tout est arrangé dans l'intérêt du mari; par la législation de Justinien, tout est arrangé dans l'intérêt de la femme. Par le droit ancien, c'est la condition de la femme qui est la plus mauvaise; par le droit nouveau, c'est la condition du mari qui est la moins bonne, et c'est avec beaucoup d'à-propos que Cujas a dit : « In multis articulis juris, deteriorem esse conditionem feminarum quam masculorum : sed in causa dotium, certe melior est conditio feminarum quam masculorum. »

En somme, la position de la femme, comme épouse, n'a jamais pu atteindre l'idéal à Rome; elle a tantôt trop penché d'un côté, tantôt trop de l'autre, et des deux côtés il y a eu exagération. L'épouse *in manu* n'était guère mieux qu'une esclave; la femme, dans le mariage libre, était dans une telle indépendance, qu'elle restait complétement étrangère aux intérêts de la famille de son époux, de sorte que par suite de la dépravation des mœurs elle put même leur devenir hostile. L'idée de l'association est restée

[1] Troplong, *Comment. du contrat de mariage*, préface, p. 74.

inconnue au monde romain ; ce fut un bienfait que l'élément germanique et l'Eglise chrétienne apportèrent à la civilisation.

Le mariage libre ne paraît pas avoir produit dans la Gaule les inconvénients qu'il a engendrés à Rome ; l'ancienne soumission de la femme gauloise au pouvoir du mari devait y être pour beaucoup ; le christianisme, qui proclamait l'autorité maritale, y contribua. Les biens de la femme mariée gallo-romaine se divisaient, comme à Rome, en biens dotaux et en biens extra-dotaux ou paraphernaux, que les habitants nommaient *peculium*[1]. La gestion du mari s'étendait aux objets mobiliers et immobiliers composant le pécule ; mais il fallait le consentement de la femme, à défaut duquel celle-ci avait le droit de revendiquer l'immeuble vendu, et la *condictio* ou action personnelle pour les objets mobiliers aliénés. En somme, le mari n'administrait le pécule que comme mandataire de sa femme[2].

Avant de quitter le régime des biens entre époux, nous avons encore à parler des donations qu'ils pouvaient se faire. Cette faculté avait été interdite par la législation romaine jusqu'au

[1] « Cæterum si res dentur in ea, quæ Græci *parapherna* dicunt, quæque Galli *peculium* appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. » L. 9, § 3. Dig. *De jure dot.* (XXIII, 3).

[2] C. 8 Cod. *De pact. conventis* (V, 14).

commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, et cette défense absolue s'explique aisément. Dans le mariage produisant la puissance maritale (*manum*), la femme n'étant pas une personne *sui juris*, ne possédant rien, ne pouvant ni donner ni recevoir, aucune donation entre femme et mari n'était possible. Dans le mariage libre, d'autre part, la fréquente inégalité de fortune entre les époux faisait une obligation au législateur de prévenir l'obsession de la femme ou les violences du mari. D'ailleurs, la liberté du divorce dans le mariage romain était un autre puissant motif pour défendre des donations entre époux; la loi, dans la prévision d'un divorce toujours possible, devait les empêcher de se dépouiller l'un en faveur de l'autre. L'influence de ce principe de la liberté du divorce, que le législateur romain avait toujours devant les yeux, ne nous paraît pas avoir été suffisamment signalée jusqu'à ce jour; c'est là surtout qu'il faut chercher le motif de la nullité dont le droit romain frappe toute donation entre vifs, entre époux[1]. Antonin le Pieux fut le moteur d'un sénatus-consulte qui adoucit l'ancienne sévérité de la loi, en permettant ces donations, tout en les déclarant révocables pendant toute

[1] Plut. *Quæst. Rom.*, c. VII. L. 1 et 3, pr. Dig. *De don. inter vir.* (XXIV, 1). Ulp. Reg. VII, 1. Paull. *Rec. sent.* II, 23.

la vie du donateur[1]; mais c'était ôter à ces libéralités le caractère de donations entre vifs, en leur ôtant celui de l'irrévocabilité. Du reste, ce qui prouve encore une fois que la prohibition des avantages entre vifs n'était établie qu'en vue du divorce et d'un nouveau mariage, et non pas dans l'intérêt des familles respectives et de la conservation des biens dans ces familles, c'est que les époux, en général, étaient libres de s'instituer héritiers, de se léguer par testament, ou de se faire des donations à cause de mort. La raison en est donnée par Gaius, en ces termes : « Les donations à cause de mort, entre mari et femme, sont permises, parce que l'événement de la donation se produit dans un temps où il n'y a plus ni mari ni femme[2]. »

Mais la prohibition de s'entre-donner entre vifs n'existant que pendant le mariage (*stante matrimonio*), le fiancé faisait souvent, avant le mariage, une donation à sa future. Cette donation (*donatio ante nuptias*), attribuée par plusieurs auteurs à un usage oriental, ne fut introduite que fort tard par les césars chrétiens[3]; appelée aussi *Arrha sponsalitia*, elle a pris racine dans les Gaules et a donné lieu, plus tard,

[1] L. 32, § 1-4, et § 14. Dig. *De don. inter vir.*
[2] L. 9, § 2, et L. 10, Dig. *De don. inter vir.*
[3] § 3, Instit. *De donat.* (II, 7).

dans nos pays de droit écrit, à l'augment de dot, qui tenait lieu du douaire des pays coutumiers. Du reste, l'idée qui l'inspirait était la même, car ces donations étaient faites toutes les deux par le mari, dans la prévision de la dissolution du mariage, et afin de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfants.

La *donatio propter nuptias* que l'empereur Justinien greffa plus tard sur cette institution, et qui fut une espèce de contre-dot, une sorte de caution pour la sûreté de la dot, en même temps qu'une garantie pour la femme contre le divorce injuste de la part du mari, n'appartient plus au droit gallo-romain.

Le Code d'Alaric a étendu la faculté qu'avaient les époux de s'entre-donner par le droit nouveau impérial, en interprétant d'une manière plus large le titre XXIII du deuxième livre des *Sententiæ receptæ* de Paul, et en recueillant un fragment de Papinien, éminemment favorable aux donations entre époux[1].

Du reste, les époux gallo-romains ne jouissaient pas seulement du droit de se donner mutuellement les biens *présents*; une Novelle de Valentinien III, de l'an 446, avait accordé aux époux la faculté de s'instituer réciproquement

[1] V. Laferrière, tom. II, p. 467-468, qui donne les textes du Code d'Alaric.

héritiers, et de faire ce testament mutuel par un seul et même acte (*una charta*). Cette Novelle n'entra point dans le corps de lois de Justinien, mais elle resta en vigueur dans la Gaule, et contribua à former dans le droit coutumier français *le don mutuel des biens à venir*.

Enfin, les époux gallo-romains prenaient, à défaut de parents, la fortune du conjoint prédécédé, en qualité d'héritiers. L'édit *Unde vir et uxor* du préteur romain avait déjà cherché à corriger ce qu'il y avait de dur dans cette exclusion totale du conjoint survivant de la succession de l'époux prédécédé, dans les mariages *sine manu*; il lui avait donné la *bonorum possessio* à défaut de parents au degré successible. Ce droit successoral, confirmé par le code Théodosien[1] et le *Papiani liber*[2], a fait partie de la législation gallo-romaine.

En somme, le mariage chez les Gallo-Romains, au moment de la chute de la domination romaine, était débarrassé des entraves du droit romain primitif, sans tomber dans les écarts de ces unions libres, dont Caton, Cicéron, Plaute et Sénèque se sont plaints si amèrement. La femme avait gardé pour son mari ce respect, si nécessaire à la dignité de l'union conjugale; les époux jouissaient, dans la faculté de s'entre-donner et

[1] C. 9, *De legitim. hæred.* (V, 1).
[2] Tit. X.

de s'avantager, d'une très-grande somme de liberté, et les femmes trouvaient dans le régime dotal une garantie efficace pour la conservation de leur fortune personnelle.

§ 2.

De la puissance paternelle.

Le pouvoir du chef de la famille était si grand chez les Romains, qu'eux-mêmes convenaient qu'il n'y avait presque pas d'hommes sur le globe qui exerçassent une autorité semblable sur leurs enfants, et que cette puissance paternelle formait, pour ainsi dire, un droit propre aux citoyens romains[1].

En effet, la puissance paternelle était la base et le lien de toute l'organisation primitive de la famille à Rome; car, en dehors même du mariage civil (*justæ nuptiæ*), elle crée la famille par l'adoption et l'arrogation.

Cette puissance qui, selon l'expression énergique de Valère-Maxime[2], était bien plutôt une majesté qu'un pouvoir, fut, dans l'origine, absolue et sans limites; elle avait dans ses attributions le droit de vie et de mort sur les personnes.

[1] *Gaii comment.* I, § 55 : « Quod jus proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habeant potestatem, qualem nos habemus. »

[2] VII, 7, 5 : « Movit profecto Pisonem *patria majestas*.... »

Quant aux biens, inutile de dire que les enfants, quel que fût leur âge ou le degré de filiation, ne pouvaient acquérir que pour le *pater familias*, qui était le seul et unique propriétaire de tout le patrimoine de la famille.

Le chef (*pater familias*) concentre dans ses mains seules tous ces pouvoirs; père à l'égard des uns, aïeul à l'égard des autres, il est seul *sui juris*. Car c'est là une des particularités de la famille primitive de Rome, qu'aucun père ne devient chef de sa famille et n'obtient de pouvoir sur sa femme et ses enfants, tant qu'il est lui-même en puissance d'autrui. Ce n'est qu'à la mort du père que le fils succède à la puissance sous laquelle il était placé, et qu'il devient un homme *sui juris*.

L'omnipotence paternelle avait conservé encore toute sa force, quant à la personne des enfants, vers la fin de la république. Nous voyons, dans les historiens, des pères qui exercent impunément le droit de vie et de mort. Salluste [1] cite l'exemple de Fulvius mis à mort par son père, parce qu'il avait trempé dans la conjuration catilinienne; Valère-Maxime [2] rapporte celui d'Atilius Philiscus, qui tua sa fille souillée par le déshonneur.

[1] *Catil.*, c. 39.
[2] *Memorab.* VI, 1, 6.

Ce qui prouve, du reste, que la puissance paternelle n'avait encore reçu aucune atteinte légale lors du déclin de la république, c'est que la loi *Pompeia de parricidiis* ne faisait aucune mention du meurtre des enfants par leurs parents [1].

Mais il en fut autrement sous la législation impériale. Le pouvoir du père fut réduit à la fin à un simple droit de correction, et probablement la loi ne sanctionnait que ce qui avait déjà été établi par les mœurs. Alexandre-Sévère ordonna que des punitions graves ne pussent être infligées aux fils de famille que par le juge. Constantin alla plus loin, et rendit un éclatant hommage aux sentiments de la nature, en déclarant le père qui tue son enfant, coupable du crime de parricide.

Le droit de vendre les enfants disparut de même avec la marche de la civilisation. Dioclétien le supprima légalement [2]; Constantin permit, il est vrai, la vente des enfants nouveau-nés, en cas de grande misère du père, mais en lui garantissant la faculté de pouvoir les racheter [3], faculté que l'empereur Valentinien III changea en obligation, et qu'il imposa au père [4]. Gardons-nous cependant de penser que ce furent là

[1] L. 1, Dig. *De leg. Pomp.* (XLVIII, 9).
[2] C. 1, Cod. *De patre qui fil.* (IV, 43).
[3] C. 2, *Ibid.* C. un. Cod. Theod., *De his qui sanguinol.* (V, 8).
[4] Novell. Valent. III, tit. XXXIV.

des retours vers l'ancien ordre des choses. Ce qui fit porter ces lois aux césars chrétiens ne fut pas la volonté de donner de nouvelles forces au pouvoir du père, mais le désir de mettre un frein aux expositions des nouveau-nés, suite de l'extrême misère des populations. Les empereurs, comme les évêques, se voyaient obligés de vouer les nouveau-nés à la servitude, pour les arracher à une mort certaine.

La règle absolue par laquelle tous les enfants qui se trouvaient en puissance paternelle n'acquéraient que pour le *pater familias*, avait déjà reçu une infraction par le *peculium castrense*, que l'édit du préteur avait déclaré propriété du fils, dès le temps d'Auguste. Là, comme ailleurs, le droit établi par ce magistrat ne faisait sans doute que confirmer la coutume, et passer les faits existants dans le domaine de la légalité; car nous rejetons bien loin cette opinion qui a défrayé pendant tant de siècles les écoles de droit romain, et qui ne voyait dans le *jus honorarium* qu'un droit nouveau, basé sur l'arbitraire et la toute-puissance du préteur. Nous pensons, bien au contraire, que ce magistrat ne faisait, en règle générale, que consacrer la coutume existante ou qui était en voie de se former. Ce n'est qu'ainsi que ce droit nouveau a pu acquérir une importance assez prépondérante pour

faire dire à Cicéron que, de son temps, la connaissance de l'édit du préteur était plus nécessaire à l'intelligence du droit existant, que les Douze Tables [1]. Or, tout le monde sait combien ce Romain conservateur, pour nous permettre une expression empruntée à nos idées du jour, avait en adoration ces vieilles Tables de la loi, qui paraissaient contenir, pour lui, tout ce que la sagesse humaine avait jamais produit de plus parfait [2].

Les empereurs chrétiens, à partir de Constantin, élargirent cette brèche faite à l'antique puissance du père de famille, en assimilant au *peculium castrense* acquis dans le service militaire, ce que les enfants avaient gagné dans le service civil, soit comme fonctionnaires, avocats, clercs ou officiers du palais du prince; ce fut le *peculium quasi castrense*.

Constantin émancipa les fils de famille encore sous un autre rapport; il attribua au fils la propriété des biens laissés par sa mère, en ne donnant au père que l'usufruit. Gratien, Valentinien et Honorius assimilèrent la succession de

[1] Cicero, *De leg.*, I, 5.

[2] Cicero, *De Orator.*, I. 44 : « Fremant omnes licet, dicam quod sentio. Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita videret, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare ! »

tous les aïeuls maternels à celle des mères [1], Théodose donna aux enfants la propriété des gains nuptiaux ; or donc, longtemps avant que Justinien eût complétement abattu l'ancienne puissance paternelle, la révolution était accomplie, et le fils de famille avait acquis cette individualité séparée, si antipathique à l'ancienne constitution domestique de Rome.

La puissance paternelle ne s'acquérait pas à Rome uniquement par un mariage légitime. Là, comme partout, l'homme privé de postérité avait recours à des moyens factices de se constituer une famille et des descendants, car, nous l'avons dit ailleurs [2], l'homme, en tout temps et en tout lieu, a été préoccupé de perpétuer son nom et sa famille. L'adoption et la légitimation furent ces deux moyens artificiels, que la loi romaine mettait à la disposition de l'individu privé d'enfants.

L'adoption était de deux natures. Elle s'appelait *arrogatio* quand l'adopté était un individu *sui juris*. Cette solennité se faisait dans les comices du peuple, après examen des pontifes: celui qui adoptait devait avoir au moins dix-huit ans de plus que l'autre; il devait, en outre, avoir

[1] C. 1-2, Cod. *De bon. mat.* (VI, 60).

[2] *Etudes historiques sur le développement de la société humaine.* Paris, Aug. Durand, 1850, Introduction, p. 13.

atteint l'âge de soixante ans, censé impropre à la reproduction. Sous les empereurs, cette institution fut facilitée aux citoyens romains; au lieu de comices, ce fut le souverain qui l'autorisait par rescrit, et les femmes, jusque-là exclues du bénéfice, purent adopter et être adoptées d'après les lois impériales. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que, par l'arrogation, les enfants de l'arrogé et tous ses biens passaient sous le domaine de celui qui arrogeait.

L'adoption proprement dite était celle de l'individu qui se trouvait encore en puissance paternelle; elle s'opérait par une mancipation fictive pour détruire d'abord la puissance du père réel. Elle était en usage tant dans les provinces qu'à Rome même, tandis que l'arrogation n'avait pu être pratiquée dans les provinces qu'après que les comices avaient été remplacés par l'autorité et le rescrit du prince.

Le second moyen factice d'avoir des descendants, ou, pour parler avec l'école, le troisième moyen d'acquérir la puissance paternelle était la légitimation des enfants nés en dehors d'un mariage légitime. Elle avait été inconnue dans les premières lois de Rome. Là où il n'y avait pas de mariage légitime, point de *manus*, point de *potestas;* par conséquent tout lien manquait entre l'enfant naturel et ses parents. Tel fut en-

core le système des Douze Tables. Nous verrons au paragraphe suivant, en esquissant l'ordre des successions, comment l'édit du préteur établit l'existence légale des liens entre l'enfant naturel et sa mère, système étendu sous les empereurs aux autres parents de la lignée maternelle par l'application des sénatus-consultes Tertullien et Orficien.

Ce n'est que lorsque le concubinat eut obtenu une place légale, et que le nombre des enfants naturels se fut accru d'une manière extraordinaire, que les Romains sentirent le besoin de régulariser la position de ces derniers par la légitimation. La difficulté de trouver des décurions pour l'administration des villes fit naître le premier mode de légitimation, qui consistait dans l'*oblatio curiæ* pour les fils, et, pour les filles, dans le mariage avec un décurion. Par ce moyen, les enfants naturels obtinrent une place dans la famille. Plus tard, Constantin, Zénon et Anastase permirent la légitimation par mariage subséquent.

Cependant des doutes existent sur le point de savoir si la légitimation *per oblationem curiæ* fut en usage dans la Gaule. Ce qui est certain, c'est que le Bréviaire d'Alaric n'a point la constitution de Théodose et de Valentinien de 442, mais qu'il contient seulement en appendice la

Novelle de 443; or, il résulte bien de l'interprétation que le Bréviaire y ajoute, que l'*oblatio curiæ* relevait les enfants naturels de l'incapacité de recevoir au delà d'une certaine quotité, en permettant au père de les instituer pour héritiers, mais ils n'étaient pas pour cela élevés au rang d'enfants légitimes.

Quant à la légitimation par rescrit du prince, elle n'a pu faire partie du droit gallo-romain, attendu qu'elle ne fut permise que par les Novelles de Justinien. L'enfant naturel dans les Gaules pouvait par conséquent être légitimé uniquement par le mariage subséquent de ses père et mère naturels.

Les motifs qui mettaient fin à la puissance paternelle étaient la mort et la *capitis diminutio* du *pater familias* ou de l'enfant; certaines dignités auxquelles ce dernier était élevé, comme celle de *Flamen Dialis* ou de Vestale[1]; et en quelques cas la perte de cette puissance était imposée au père comme pénalité, par exemple en cas de traitement indigne[2]. Mais de tous les moyens de dissoudre le lien de la puissance paternelle, c'est l'émancipation qui était le plus commun; aussi mérite-t-il quelque développement.

[1] Aulu-Gelle, I, 12.

[2] C. 6, Cod. *De spectac.* (XI, 40). C. 12, Cod. *De episc. aud.* (I, 4). C. 2, Cod. *De infant. expos.* (VIII, 52).

L'émancipation fut greffée sur l'antique droit du *pater familias* de vendre ses enfants. Comme le fils vendu et affranchi retombait par deux fois dans la puissance du chef de sa famille, on simulait trois ventes successives pour émanciper l'enfant, c'est-à-dire, pour rompre tout à fait le lien de la puissance paternelle. Cette forme subsista jusqu'à l'époque de l'empereur Anastase, qui permit de remplacer la vente simulée par le rescrit du prince; ce mode fut employé surtout en cas d'absence de la personne qu'on voulait émanciper. L'enfant émancipé perdait son droit d'héritier dans la famille, et ce ne fut que l'édit du préteur, qui lui assura, après bien des siècles, des droits sur la succession paternelle par l'édit *Unde liberi* [1].

Il est facile de voir, par cette esquisse rapide de la puissance paternelle, que dans la famille gallo-romaine au cinquième siècle, ce pouvoir avait perdu le caractère absolu de l'ancien droit civil de Rome. La philosophie stoïcienne et le christianisme, qui hâtèrent le développement des principes d'égalité, furent surtout favorables aux fils de famille et aux femmes. Cependant les garanties que la sagesse romaine avait établies en faveur de ceux-là furent conservées. Ainsi le

[1] Cicero, *In Verr.*, I, 45; Gaius, *Comm.*, III, § 26; Ulp., XXVIII, 7-8.

droit romain des Gaules avait accepté le sénatus-consulte macédonien, qui sauvegardait les intérêts du fils contre ses propres faiblesses et contre les exactions de ses prêteurs; seulement l'interprétation des Sentences de Paul dans le Bréviaire d'Alaric y avait ajouté cette condition juste et équitable, que l'action des créanciers n'était refusée que si le prêt avait été fait à l'insu du père (*inscio patre*) [1]. En effet, il importait à l'équité et à la justice, que celui-ci ne pût profiter du bénéfice du sénatus-consulte, par une coupable connivence avec son fils.

§ 3.

Succession testamentaire et ab intestat.

Les successions à Rome, de même que chez tous les peuples policés modernes, étaient transférées d'après deux principes bien différents : ou bien par la volonté de la loi, qui appelait les membres de la famille selon un ordre déterminé, ou bien par la volonté du propriétaire défunt, manifestée avant sa mort dans les formes voulues. La succession légitime, ou *ab intestat*, représente le principe de l'immobilité, la conservation des biens dans les familles; la succession testamentaire, au contraire, qui favorise la transmission des

[1] Paul., *Sent. recept.*, II, 10, *Interpr.*

fortunes dans d'autres familles, représente le principe du mouvement, et est basée sur le dogme spirituel, qui donne à l'homme le droit de disposer de son avoir, même après sa mort. En jetant les yeux sur le rapport qui existait dans le droit romain entre les deux modes de transmettre les héritages, nous sommes encore obligés d'abandonner les anciens sentiers battus de l'école, qui enseigne que la succession testamentaire a été dans le droit primitif de Rome la base principale des successions, et que la succession légitime, celle des membres de la famille appelés par la loi, n'était que subsidiaire. Nous prétendons au contraire, et cela confirmera de plus en plus la doctrine qui tend à prouver que le développement de la civilisation romaine a suivi les mêmes règles immuables du développement des autres races, que dans le droit primitif de Rome, comme partout ailleurs, les successions ont d'abord été déférées aux membres de la famille, et que la succession testamentaire n'est venue qu'en second lieu prendre sa place à côté de la succession fondée sur les liens de la famille.

La disposition célèbre « *Uti legassit pater familias ita jus esto* » ne se trouve que dans les lois des Douze Tables, faites trois siècles après la fondation de la colonie romaine. C'était donc là un droit nouveau, un avantage nouvellement con-

cédé au moins à la classe des plébéiens, puisque ces lois avaient été le résultat d'une transaction entre les patriciens et le peuple. C'était du reste une preuve que le principe spirituel, sur lequel repose la faculté de disposer des biens après la mort, avait pénétré dans le droit romain; c'était en outre une arme nécessaire pour défendre la puissance du *pater familias* et lui donner une sanction pénale efficace ; car le droit d'exhérédation est l'arme la plus puissante du pouvoir d'un chef de famille. Or, nous le demandons sérieusement, où le pouvoir du chef de famille avait-il un plus grand besoin d'être armé de toutes pièces qu'à Rome, où la puissance paternelle n'était organisée que pour elle-même, et non dans l'intérêt de ceux qu'elle devait protéger? caractère de l'autorité du chef domestique, que nous rencontrerons dans la constitution de la famille chez la race germanique.

Du reste les lois des Douze Tables n'établissent-elles pas en même temps un système complet de succession légitime, et n'est-il pas au moins hasardé de baser la prétendue prépondérance de la succession testamentaire sur une tournure de phrase semblable : « *Si intestato moritur cui suus heres nec sit agnatus proximus familiam habeto* » [1] ? ou sur cette circonstance

[1] Ce passage d'Ulpien, XXVII, 5, 1, forme le fragm. 4 de

futile, que les jurisconsultes Paul, Ulpien et Gaïus ont exposé dans leurs ouvrages les testaments avant la succession légitime?

Tout, au contraire, prouve à nos yeux la prépondérance, et surtout la préexistence de la succession légitime basée sur les liens de famille.

D'abord la nature des choses. Le dualisme, qui est enveloppé dans toute institution romaine, l'immobilité et le mouvement, se trouve représenté dans les successions. Le principe de l'immobilité, l'élément patricien, celui qui fait le fond primitif du caractère national, est nécessairement personnifié dans la succession des héritiers légitimes, fixée d'après un ordre immuable et ayant la tendance de conserver les biens dans les mêmes familles; c'est donc ce système qui préexiste et qui domine dans les commencements de la cité. Le principe du mouvement, au contraire, l'élément plébéien, celui qui vient s'adjoindre à l'élément primitif après une lutte de plus de trois siècles, se trouve personnifié dans la succession testamentaire, qui repose sur l'arbitraire de l'individu, et favorise la transmission des biens dans les familles étrangères.

Nous voyons une autre preuve non moins éclatante de ce fait, que la succession *ab intestat*

la cinquième table du texte des Douze Tables, recomposé par le professeur Dirksen, de Kœnigsberg.

la mancipation et de la nuncupation ne furent même plus requises par le droit civil, et Constantin [1] abolit entièrement les termes sacramentels.

Au temps de Théodose le Jeune le testament *per æs et libram* n'était plus que nuncupatif, c'est-à-dire qu'il se faisait verbalement, en présence de cinq témoins; mais ce prince exigea que les testaments fussent écrits et signés par sept témoins[2]. C'était confirmer le testament que l'édit du préteur avait depuis longtemps introduit par le droit honoraire.

Quant aux testaments olographes, faits sans adhibition aucune de témoins[3], et quant aux testaments publics, où l'intervention des magistrats remplaça les anciennes formalités[4], ils ne furent consacrés par la loi que dans les derniers siècles de l'Empire.

Toutes ces facilités, que le droit romain avait successivement concédées à la faculté de tester, avaient leur cause dans le spiritualisme importé et favorisé par les écoles de Labéon et de ses successeurs. Enfin, le testament n'a plus besoin ni de comices, ni de ces formes mensongères qui

[1] C. 15, Cod. *De testam.* (VI, 23).
[2] *Novella Theodos.*, XXIII.
[3] *Novella Valentin.*, LXIV, § 1.
[4] *Novella Valent.*, LXIII, § 2.

l'assimilent à une vente ; la volonté de l'individu se suffit désormais à elle-même, c'est la pensée qui survit au corps, c'est l'immortalité de l'âme humaine, qui éclate dans le droit civil [1].

Le testament, à Rome, avait encore un trait caractéristique, du moins dans l'origine, qui le distingue de ce que les nations modernes appellent du même nom. Ce n'était pas simplement une donation de biens, mais la transmission de tous les droits et obligations, ainsi que du culte domestique du défunt. L'héritier institué continuait la personne de ce dernier et devenait le nouveau chef de famille. Cette indivisibilité des droits et des devoirs sous le rapport civil, politique et religieux, qui faisait de l'institution d'héritier le but principal du testament romain, explique la règle, qu'aucune disposition testamentaire, qui précédait l'institution d'héritier [2], n'était valable, et cette autre, trop connue pour exi-

[1] On sait que c'est la doctrine de Leibnitz (*Nova Methodus*, t. IV, part. 3, éd. Dutens), qui base la raison des testaments sur l'immortalité de l'âme humaine. — Robespierre se fit l'adepte de l'école matérialiste, quand il attaqua la faculté de tester, en ces termes : « L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière ? » Voir plus loin le chap. VII, § 3.

[2] § 34, Instit. *De legatis* (II, 20) ; L. 1, § 3, Dig. *De vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6) ; Gaïus, II, § 229 ; Ulpian., XXIV, 15.

ger une explication : « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*[1]. »

Dans la Gaule romaine, au troisième siècle, les formes les plus usitées étaient le testament nuncupatif et le testament prétorien. Les testaments publics avaient moins pénétré dans cette province ; par contre, le testament olographe, autorisé par Valentinien III, en 446, s'y répandit rapidement : vingt-neuf ans après, saint Perpétue, évêque de Tours, légua tous ses biens aux pauvres, malades, veuves et orphelins de son diocèse, par un testament olographe[2].

En somme, la législation romaine sur les successions testamentaires offrait plutôt l'exercice d'une faculté aux habitants des Gaules, qu'elle ne modifiait l'organisation de la famille. Chacun était libre d'user ou de ne pas user de cette faculté, et le caractère primitif de la population étant attaché à la transmission des biens dans l'ordre des héritiers légitimes, cette partie de la législation romaine a eu une influence moins active sur la constitution réelle de la famille. Il n'en est pas ainsi des lois romaines sur la suc-

[1] § 5, Inst. II, 14 ; L. 53, § 1, Dig. *De acquir. vel omitt. hæredit.* (XXIX, 2) ; L. 27, Dig. *De R. I.* (L, 17).

[2] Le texte se trouve dans les *Diplomata, chartæ*, etc., I, p. 25, publ. sur l'ordre de l'Acad. des Inscriptions, par M. Pardessus, Paris, 1843-1849.

cession *ab intestat*. Le système héréditaire touche de tous côtés à l'intérêt de l'Etat et au droit public, la succession naturelle ou légitime mérite, par conséquent, notre attention à un plus haut degré, puisqu'elle est le nœud de l'organisation de la famille.

Les lois des Douze Tables avaient établi un système complet de succession *ab intestat*, basé, il est vrai, ni sur la proximité des liens du sang, ni sur l'affection présumée du défunt, mais sur la puissance paternelle, cette clef de voûte de la famille romaine. Mais naturelle ou politique, dans un sens restreint ou dans un sens plus large, c'est toujours la famille qui forme la base du système.

Les Douze Tables appelaient trois ordres de successibles.

D'abord les héritiers siens (*sui hæredes*) ; ceux qui se trouvaient dans la puissance paternelle immédiate du défunt, et ne devaient pas, à sa mort, retomber dans la puissance d'autrui. Ainsi les enfants du fils de famille ne sont pas héritiers siens de l'aïeul ; ils sont exclus par la présence de leur propre père, sous la puissance duquel ils retombent. Dans cet ordre d'héritiers, le lien civil seul entrait en ligne de compte. Tandis que le fils adopté héritait, le fils véritable, mais émancipé, n'était point appelé ; tandis que la

femme *in manu* héritait comme une fille, la fille véritable, passée par un mariage civil (*manu*) sous la puissance d'un autre chef de famille, n'avait aucune part de la fortune paternelle. Ces héritiers siens devaient succéder au défunt nécessairement et malgré eux. Ainsi le voulait la loi de cette organisation aristocratique, qui ne pouvait permettre que les familles s'éteignissent par la seule volonté des héritiers [1].

A défaut des héritiers siens venaient les agnats (*agnati*). C'étaient tous les collatéraux paternels des deux sexes [2]; le degré le plus proche seul était appelé, et on y héritait par tête et sans distinction de sexe, de sorte que le frère et la sœur du même père se trouvaient au même rang. Cependant, vers la fin du sixième siècle de la fondation de Rome, on commença à exclure les femmes des rangs des agnats successibles, à l'exception de la seule sœur germaine du défunt. Cette limitation des droits successoraux des parentes collatérales, inconnue à la législation primitive des Douze Tables, avait été jugée nécessaire pour obvier à la concentration de trop grandes richesses dans les mains des femmes, à une époque où l'antique puissance maritale et

[1] Gaïus, *Comm.* I, § 157; Ulp., XXII, 24.

[2] Paull., *Sent. rec.*, IV, 8, 22 : « Lex XII Tabularum sine ulla discretione sexus agnatos admisit. »

la tutelle perpétuelle étaient tombées en désuétude. Ce que la loi voconienne avait fait pour les dispositions testamentaires et les legs, on voulait également le faire pour la succession *ab intestat* [1]. En effet, aussi longtemps que toute femme romaine avait vécu sous la puissance du chef de sa famille, ou sous la tutelle perpétuelle de ses agnats, sa fortune pouvait s'agrandir sans aucun inconvénient, puisque ce n'était que du consentement des intéressés que ces biens pouvaient sortir de la famille. Mais quand, la puissance maritale et la tutelle des femmes affaiblies, on avait jugé nécessaire de déclarer les femmes incapables de recevoir par don, legs ou testament, ce qui fut la disposition principale de la loi Voconienne [2], le bon sens exigeait évidemment qu'on n'admît plus les femmes à succéder parmi les agnats. Refréner le luxe des femmes, l'esprit d'orgueil et de domination qu'elles pui-

[1] C'est pourquoi le jurisconsulte Paul, en parlant de cette nouvelle incapacité des agnates, dit (*Sent. recept.*, IV, 8, 22) : « Idque jure civili *Voconiana ratione* videtur effectum. »

[2] Cette incapacité n'était cependant pas générale, elle ne frappait que les citoyens et les citoyennes appartenant à la première classe du cens. — Une autre disposition de la loi Voconienne avait pour but de réduire les legs, sans distinction du sexe des légataires, à une portion égale à celle de l'héritier. (Gaïus, *Comm.* II, § 226.)

saient dans le sentiment de leurs richesses; prévenir, d'autre part, la dépendance humiliante dans laquelle elles maintenaient souvent leurs maris débiteurs, voilà les puissants motifs de cette réaction contre l'émancipation de la femme, dont Caton et son parti se firent les champions vers la fin du sixième siècle de Rome [1].

Enfin, à défaut d'héritiers siens et d'agnats, les Douze Tables appelaient les gentils (*gentiles*). Ce troisième ordre de successibles est resté environné d'obscurité, car les *gentes* n'existaient plus même au temps de Gaïus, et les ouvrages des jurisconsultes romains, qui traitent de l'ancienne constitution de la famille, n'en font point mention. Aussi la science la plus récente, malgré d'admirables travaux, n'a point encore abouti d'une manière certaine à définir la gentilité romaine. Selon les uns, la *gens* était l'association entre les patrons et les clients, et les esclaves affranchis, qui devenaient les clients de leurs anciens maîtres, faisaient, avec toute leur postérité, partie de la *gens* de leur patron. Cette institution aurait pris son origine dès la fondation même de la cité; elle expliquerait comment le jurisconsulte Paul a pu dire que, même aux temps des Douze Tables, la succession des *gen-*

[1] La loi Voconienne était de l'an 585 de Rome.

tiles n'avait pas toujours lieu, attendu qu'il y avait bon nombre de citoyens qui ne furent point engagés dans les liens de la clientèle[1]. Pour d'autres[2], la gentilité était la parenté patricienne, en opposition avec l'agnation, qui était la parenté plébéienne. D'autres[3], encore, ont vu dans la *gens* le clan municipal, composé de bourgeois de pur sang, formant une association politique de familles unies par les mêmes *sacra* et le même nom patronymique, sans que tous les membres de la *gens* dussent être nécessairement unis par les liens du sang.

Il y a une dernière explication de la gentilité, qui ne s'éloigne pas beaucoup de celle-ci, et qui a pour elle l'avantage de la simplicité[4]. D'après elle, la *gens* est la famille antique, primitive, toujours ingénue ou pure de servitude, qui a donné son nom générique aux familles particulières issues d'elle, lesquelles, en se multipliant, se sont distinguées par un surnom de branche ou de famille. Les membres de cette *gens* (*gentiles*) seraient par conséquent tous les collatéraux pa-

[1] Cauvet, *De l'Organisation de la famille chez les Romains avant la loi des Douze Tables.*

[2] Guérard, *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains.*

[3] Giraud, *De la gentilité romaine.*

[4] C'est celle que donne M. Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, vol. I, p. 738.

ternels, prenant leur souche commune au delà du chef de famille actuel ou qui vient de décéder. En supposant, par exemple, une famille de trois générations, dont l'aïeul serait le chef, toutes les lignes transversales se rattachant au bisaïeul, au trisaïeul, etc., formeraient ce qu'on appelle la gentilité. Par conséquent l'aïeul, chef de famille qui meurt, forme en ce cas le point de partage entre l'agnation et la gentilité : tous ceux qui sont au-dessous de lui, et qu'il aurait en sa puissance, s'il vivait encore, forment l'agnation; tous ceux qui sont au-dessus de lui ou forment avec eux une ligne transversale, sont évidemment en dehors de sa puissance, et forment la gentilité[1].

Du reste, pour la gentilité comme pour l'agnation, la succession était déférée au degré le plus proche, sans représentation ni dévolution au degré subséquent.

La famille, considérée dans ses éléments fondamentaux, comprenait par conséquent, selon la législation des Douze Tables, les héritiers siens, les agnats et les gentils. Quant aux éléments accessoires, les esclaves, les affranchis, les patrons, nous les avons exclus de cet exposé, et parce qu'ils n'appartiennent pas à la famille

[1] Voir aussi l'examen des opinions de Niebuhr, et de M. Ortolan, sur la *gens*, dans le même ouvrage, vol. I, p. 451, s.

dans son acception ordinaire [1], et pour ne pas donner une étendue hors de proportion à l'esquisse de la constitution domestique des Romains.

En examinant l'ordre des successions établi par le droit civil de Rome, une particularité nous frappe. Comment se fait-il que nulle part il n'y soit fait mention du père ? Etait-il exclu de la succession ? et la loi romaine des Douze Tables défendait-elle, comme la loi des fiefs au moyen âge, de remonter aux ascendants ? Nullement. C'est que le père, dans l'ancienne Rome, ne pouvait hériter d'un enfant en puissance, parce que cet enfant ne possédait rien en propre. Quand, plus tard, le fils pouvait avoir une fortune distincte, durant la vie de son père, celui-ci prenait encore ce pécule du fils mort sans testament, comme il prenait celui de ses esclaves [2], en vertu de son autorité de chef. Ce n'est que sous les Césars, que le père fut admis à

[1] Dans le langage habituel des Romains, les esclaves étaient compris sous le nom de famille. Le mot *familia* paraît même avoir eu originairement la signification spéciale : d'un corps d'esclaves appartenant au même maître. Son origine du mot *famulus*, et les commentaires d'Ulpien sur l'édit du préteur, militent pour cette opinion. « Servitutem quoque solemus appellare familias.... Interdicto *Unde vi*, familiæ appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur. » L. 195, § 3, Dig. *De verb. signif.* (L, 16).

[2] L. 2, Dig. *De pecul. castr.* (XLIX, 17).

succéder comme héritier, et non plus *jure peculii* [1].

Quant à la mère, le sénatus-consulte Tertullien, du règne d'Adrien, l'appela, par le privilége du *jus liberorum*, à la succession de ses enfants, quand il n'y avait ni père ni frères du défunt; elle héritait alors avec la sœur consanguine. Mais sous Marc-Aurèle, le lien naturel entre les enfants et leur mère fut encore mieux reconnu par le sénatus-consulte Orficien, qui appela les enfants à la succession de leur mère, de préférence aux agnats maternels.

Enfin, ce n'est que dix siècles après la fondation de la cité romaine, que le lien entre les père et mère et leurs enfants triompha définitivement dans la famille.

Tel était l'ordre des successions légitimes réglé par le *jus civile* ancien. La constitution politique de la famille était son unique principe; mais nulle part l'édit du préteur, représentant la marche de la civilisation et l'empire croissant que prenait l'équité sur les maximes étroites du droit strict, n'avait battu des brèches plus profondes à l'ancien ordre des choses, qu'à l'endroit des successions *ab intestat*. Quoique ces tendances ne se fissent jour que graduel-

[1] C. 4, Cod. *De bonis quæ lib.* (VI, 61); § 3, Inst. *De S. C. Tertull.* (III, 3).

lement, parce que « l'équité demanda sa part d'influence, non comme une souveraine qui veut déposséder un usurpateur, mais comme une compagne qui cherche sous des dehors timides ses vues de domination » [1]; cependant l'ordre des successions établi par les lois décemvirales se trouva un jour complétement modifié par le droit honoraire. En général, le préteur s'efforça d'amender les iniquités de l'ancien droit, comme dit Gaïus [2], en déférant la possession des successions aux parents naturels liés au défunt par les liens du sang; puis ayant appelé, à défaut d'agnats, les parents naturels jusqu'au septième degré, sans distinction de sexe, et ayant accordé, par l'édit *Unde vir et uxor*, à la veuve qui n'avait pas été soumise à la *manus*, un droit héréditaire sur la succession de son époux, le préteur avait aussi notablement élargi les droits des femmes.

La capacité de succéder des enfants de famille reçut également une grande extension par l'appel des fils émancipés à l'hérédité paternelle, à charge de rapport; par la rupture du testament par suite de l'agnation d'un héritier sien ou posthume, ou par la prétérition d'un héritier

[1] Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le droit romain.*

[2] *Comment.* III, § 25.

sien, en vie au moment du décès du testateur; par l'égalité du partage entre la fille prétérite et ses frères institués; par la plainte d'inofficiosité en faveur des enfants injustement exhérédés. Enfin, en appliquant à toutes les dispositions à cause de mort, et au profit des plus proches héritiers du sang, dépouillés par un testament, la retenue de la *Quarte-Falcidie*, établie originairement en faveur des héritiers institués (ce qui donna naissance à la légitime ou réserve, établie par le droit de Justinien, et conservée dans toutes les lois modernes de l'Europe), la législation prétorienne compléta cette nouvelle organisation de la famille, où la voix du sang recommençait à prévaloir sur l'arbitraire de l'individu et sur les vues égoïstes du chef.

Toutes ces modifications rapprochaient l'ordre des successions des bases de l'équité naturelle et de l'affection présumée du défunt, en ruinant l'ancienne puissance paternelle, et en limitant la liberté de tester du père de famille [1].

Les lois de l'époque impériale marchèrent dans la même voie. Les sénatus-consultes Tertullien et Orficien établirent la succession réciproque entre la mère et ses enfants, elle

[1] Déjà les lois *Cincia* (557), *Furia testamentaria* (571) et *Voconia* (585) avaient été des tentatives de circonscrire cette liberté de tester, en limitant les quotités des legs.

qui n'avait été appelée jusqu'alors qu'au troisième rang, par l'édit *Unde cognati* du préteur[1].

La plainte d'inofficiosité, appliquée par le droit honoraire aux enfants que le père avait oubliés dans son testament, fut étendue, sous les Césars, aux autres parents appelés par le droit civil, l'édit prétorien et les sénatus-consultes ; son développement progressif eut toujours pour principe le lien du sang, et pour caractère la réciprocité. La plainte d'inofficiosité rendait le testament nul, et était ouverte aussi longtemps que le successible n'avait point reçu le quart des biens à un titre quelconque. Alexandre-Sévère l'étendit à toute espèce de donation, afin d'empêcher qu'on échappât, par une voie détournée, aux obligations des liens du sang. Enfin, Justinien remplaça cette plainte par une action en supplément de légitime; et ce nouveau droit était reçu dans les Gaules, car il est formellement écrit dans l'interprétation des Sentences de Paul[2].

L'extrait de Gaïus dans la *Lex Romana* (c'était le nom usuel du Code romain d'Alaric dans

[1] Ou bien au quatrième rang, si on compte séparément l'édit *Unde decem personæ*, qui ne formait plus qu'un seul ordre de successibles avec l'édit *Unde cognati*, au temps d'Ulpien.

[2] Paul. *Sentent.*, IV, 5, 7. Interpret.

la Gaule méridionale), renferme une déviation éclatante de l'ancien droit romain. Gaïus, dans ses Commentaires (III, § 17), avait encore mentionné la succession des *gentiles*, tout en disant qu'elle était tombée en désuétude de son temps. Les compilateurs de la *Lex Romana* ont substitué aux gentils du texte original, les cognats; par conséquent, ce n'est plus en vertu de l'édit *Unde cognati* du préteur, c'est en vertu de la loi que les cognats succédaient; ils n'avaient plus la simple possession prétorienne (*bonorum possessio*), mais un droit d'hérédité (*hæreditas*)[1]. Le droit gallo-romain, en donnant ainsi à la famille collatérale, selon les liens du sang, la place que le droit primitif de Rome ne donnait qu'à la famille civile, a devancé, sur ce point important, l'organisation domestique reconstituée par les novelles de Justinien. Nous adhérons donc complétement à la conclusion d'un savant illustre[2], formulée en ces termes :

« Le progrès de la législation en matière de succession, exclusivement attribué à la novelle 118 de Justinien, se trouvait d'avance, en résultat, dans le droit prétorien et le droit romain du Midi; et la Gaule n'aura pas besoin de l'in-

[1] *Epitome Gaii*, t. XVI.

[2] Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. II, p. 510.

fluence tardive de la novelle 118, pour avoir un système d'hérédité conforme aux principes de la nature et des liens du sang. »

Nous finirons par un mot, qui se rattache à ce que nous avons avancé au commencement de ce chapitre. La constitution publique et le droit privé de Rome, disions-nous, forment le cycle complet d'une civilisation. Le tableau des changements et des modifications que les siècles apportèrent à la constitution primitive de la famille, à Rome, et que nous n'avons pu esquisser que succinctement, pour ne pas rompre la symétrie du tout, nous présente le même fait pour l'organisation de la famille. Que d'éléments nouveaux, que d'influences étrangères ont dû se produire, pour faire de la famille romaine primitive, unité politique, créée uniquement dans l'intérêt d'une aristocratie jalouse, cette famille naturelle, basée sur les liens de la nature et sur l'équité, qui est la dernière expression des lois romaines! L'Edit du préteur, la philosophie du Portique et le Christianisme furent, certes, les principaux agents de cet immense changement, aux yeux du vulgaire. Mais pour l'esprit du philosophe, qui recherche dans la civilisation de chaque peuple la marche de la civilisation générale du genre humain, il est certain que ce qui a ramené et la famille politique de Rome,

et la famille militaire des Barbares, et la famille féodale du moyen âge, à la famille naturelle, consacrée par nos codes modernes, c'est l'action permanente et continue des sentiments naturels que Dieu a mis au fond de la conscience humaine. La philosophie du Portique et la doctrine de l'Evangile n'en furent que les symptômes extérieurs.

CHAPITRE IV.

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE GERMANIQUE EN GÉNÉRAL ET DE SA TRANSPLANTATION DANS LES GAULES PAR LES BARBARES.

Nous l'avons dit : l'invasion des peuples germaniques ne trouva dans les Gaules que des sujets romains, vivant selon les lois de Rome qui étaient en vigueur dans cette province; l'élément romain, par conséquent, y dominait entièrement. C'est de lui et de l'élément germanique que se sont formés l'élément français, la nation française et le droit français ; et c'est l'Eglise qui a le plus puissamment contribué à marier ces éléments, et à fondre vainqueurs et vaincus en une seule nation. Ce travail de fusion a absorbé tous les siècles suivants : ce n'est qu'au dix-septième siècle que la nation française est arrivée à cette unité complète, qui est le plus beau titre de la royauté dans le passé, et la plus précieuse garantie de force et de pouvoir pour l'avenir de notre patrie. Quant à la fusion com-

plète sous le point de vue du Droit, quoique les éléments romain et germanique se fussent déjà intimement rapprochés dans les Coutumes des provinces, la fusion complète et l'unité définitive ne triomphèrent qu'au commencement de notre siècle par le Code civil, monument impérissable de la sagesse des législateurs modernes.

L'organisation de la famille germanique est marquée à un coin qui la fait reconnaître au fond de toutes les législations des peuples issus de la souche germaine; elle sert à distinguer aujourd'hui encore les différentes nations appartenant à cette race forte, qui brisa Rome ancienne et fonda les empires actuels de l'Europe centrale et occidentale.

La famille, chez les Germains, a été une association juridique de la plus haute importance; et cela dès les temps les plus reculés, dès les premières notions que l'histoire nous donne sur cette race. Tous les individus unis par les liens du sang ou par ceux du mariage formaient une société dont les membres se devaient mutuellement aide et assistance, où les forts étaient tenus de défendre les faibles; association qui répondait vis-à-vis des tiers des délits commis par ses membres. C'est là le principe de la vengeance privée, l'origine des compositions (*wergelder*), la raison d'être de la garde (*munt, mundium*) que

le père exerçait sur ses enfants, le tuteur (*mundwald*) sur ses pupilles, le mari sur sa femme. Quant aux biens de la famille, celle-ci les possédait, pour ainsi dire, en commun; chaque membre avait un droit éventuel dont la volonté du détenteur momentané ne pouvait le priver. C'est là la base de la succession du sang, l'origine du retrait, le motif de la préférence donnée aux héritiers mâles; c'est l'explication de l'absence du testament chez la race germanique primitive, et de la répugnance que mirent les nations issues de cette souche à l'accepter. Cette répugnance, en effet, a été tellement grande que, sans le puissant concours de l'Eglise, le pouvoir temporel ne serait pas parvenu à la vaincre.

Ce qui caractérise encore la famille germanique, c'est que tous ses membres sont des personnes jouissant de droits; leur individualité n'est point absorbée par la personne du chef, comme cela avait eu lieu en Orient et dans la constitution primitive de la famille à Rome. Le chef de famille, chez les Germains, n'est investi du pouvoir domestique que pour mieux défendre les personnes et les intérêts confiés à sa garde. Ce n'est plus un despote qui dit : « L'Etat c'est moi »; c'est une autorité tutélaire, c'est un premier magistrat, et non pas un maître absolu.

Nous allons maintenant esquisser l'organisa-

tion de la famille d'après les lois que les peuples germaniques ont rédigées du cinquième au neuvième siècle de l'ère chrétienne; ce sont les premiers monuments de droit que nous possédions de cette race. Quelques-unes, comme la loi des Francs Saliens, avaient été composées avant l'établissement dans les Gaules; d'autres, comme les lois des Burgondes, des Visigoths, des Allemans, ne le furent qu'après que ces peuples eurent conquis une partie de ce pays, qui, disons-le en passant, eut alors des limites plus étendues que la France de nos jours. Mais cette circonstance n'a pas à nos yeux une grande importance. Que la loi salique ait été rédigée pour la première fois sur la rive droite ou sur la rive gauche du Rhin, qu'importe? Toujours est-il que la rédaction par écrit des coutumes germaniques se fit par un mouvement simultané, éclatant chez tous les peuples de cette race à la fois. Le besoin d'une organisation publique et privée, plus forte, qui permît de résister efficacement aux invasions sans cesse renaissantes des peuplades qui n'avaient pas encore conquis des établissements stables; le contact et la vie commune avec les habitants des provinces conquises, qui vivaient sous l'empire de lois savamment combinées et ayant l'avantage d'être fixées par écrit; enfin, les rapports nouveaux, nés chez les

vainqueurs par leur établissement récent; tous ces motifs réunis provoquèrent chez les nations de la race germanique ce mouvement spontané qui les a portées à fixer par écrit leurs propres lois et coutumes. Nul doute que ce n'étaient plus tout à fait les mœurs et les usages des Germains du temps de Hermann, l'exterminateur des légions romaines; mais ayant à exposer quelle fut l'organisation de la famille sur le sol français, nous n'avons pas à rechercher quel fut l'état des Germains dans les forêts de la Germanie, au temps de César et de Tacite; mais quel fut l'élément que cette race importa dans les Gaules. Nous prenons donc notre point de départ dans les lois barbares.

§ 1.

Mariage. Autorité maritale. Régime des biens entre époux.

Les coutumes germaniques, vulgairement appelées *lois barbares*, dépeignent déjà une civilisation avancée, si nous la mettons en face de ce qu'étaient les Germains primitifs au fond de leurs forêts, avant tout contact avec l'empire romain. Ce progrès incontestable se révèle d'abord dans les fiançailles et le mariage. Le mariage, qui, chez les Germains primitifs, comme

partout dans l'enfance des peuples, n'avait été qu'une acquisition de la femme par l'homme, n'a guère plus la nature d'un simple achat ou d'une simple vente dans les Coutumes écrites à partir du cinquième siècle. Cependant l'union de l'homme et de la femme porte encore avec elle de nombreuses traces de cet ancien principe. Grande est, du reste, la différence des lois germaniques sur ce point, selon qu'elles sont restées plus ou moins éloignées du contact avec la civilisation romaine. Si la loi Saxonne, expression pure de la rude Germanie, sanctionne encore l'achat de la femme dans sa crudité primitive, la loi des Visigoths, qui de toutes les lois germaniques a subi le plus l'influence des idées romaines, n'exige plus que les arrhes, espèce de prix des fiançailles. Partout cependant le pas le plus important pour l'émancipation de la femme est fait, car le consentement de la mariée n'est pas moins nécessaire que celui des parents; mais le principe de l'ancienne acquisition se retrouve toujours au fond, malgré la variété des termes employés par les différents peuples.

La loi salique (tit. LXX) prescrit la présence des parents du futur et de la mariée aux fiançailles, car le consentement de la mariée et celui de ses parents sont absolument nécessaires pour la validité du mariage dans la famille germani-

que. Les fiançailles y sont reconnues comme un contrat obligatoire, et celui qui se rétractait après cet engagement était passible de fortes amendes [1].

Le prix que le marié payait, selon les lois germaniques qui nous occupent, n'était plus la valeur de la femme, mais il achetait encore aux parents le *mundium*, la garde de son épouse. Ce prix, souvent fixé à un minimum par les lois, avait des noms fort divers : il s'appelle dans la loi Burgonde *pretium nuptiale* et *wittémon; dos* et *arrhæ* dans celle des Visigohts [2]. L'union *per solidum et denarium*, en usage chez les Francs, est connue par les historiens [3] et les formules [4]. Payé dans l'origine aux parents seuls de la mariée, partagé ensuite entre eux et la fiancée elle-même, ce prix finit par appartenir à l'épouse exclusivement; ce fut alors que ce prix nuptial, vestige de l'ancienne acquisition, se transforma en donations, que nous connaissons sous les noms de don du matin et de douaire. Nous reviendrons plus tard sur cet important

[1] *L. Sal.*, XIV, § 8-9; *L. Bajuvar.*, VII, § 15; *L. Allem.*, LIII; *L. Visigoth.*, III, 1, § 2-3.

[2] *Meta* chez les Lombards; *pretium emtionis* chez les Saxons du continent; *ceap, sceat, gift*, chez ceux de l'Angleterre.

[3] *Fredegar. Epitom.*, c. 18.

[4] *Form. Bign.* 5. *Form. Lindenbr.* 75.

sujet, quand nous exposerons le régime des biens entre époux.

Le mariage, chez les Germains, était basé sur le principe monogame, dès le temps de Tacite; car cet historien fait la remarque que, presque seuls entre les nations barbares, ils se contentent d'une femme unique, à l'exception des chefs [1]. Malgré cela, la stabilité du mariage n'était pas grande. Le lien matrimonial ne se dénouait que trop facilement de la part du mari, et les unions illégitimes, notamment celles contractées entre personnes de classes différentes, étaient très-fréquentes parmi les nations de la race germanique. Cependant une démarcation profonde est tracée entre le mariage légitime et l'union illicite, et jamais, à l'honneur de ces peuples, leurs lois n'ont reconnu le concubinat comme une institution légale. La femme qui n'est pas légitimement acquise d'après les règles de la loi, reste sous la garde de son père ou de ses propres parents, ainsi que les enfants issus d'une telle union. Un mariage régulier ne peut avoir lieu qu'entre personnes de même condition. Toutes les lois de cette race s'opposent avec une grande énergie aux unions entre personnes de classes différentes; quelques-unes, en les défendant sous les peines les plus sévères,

[1] *German.*, c. 18.

comme celle des Visigoths [1], des Burgondes [2], des Saxons [3]; toutes, en attachant des incapacités civiles à ces sortes de mariages. La plus importante de ces incapacités, et la plus féconde en conséquences, était que l'enfant issu de ces liens suivait le sort de celui de ses parents qui était de la pire condition [4]. Ainsi, le fils d'un serf et d'une femme libre était serf; tandis que le droit romain, qui avait consacré une règle différente, faisait suivre à l'enfant, en pareil cas, la condition de sa mère [5].

L'origine de cette sévérité des lois germaniques sur ce point provient de ce que les individus de condition servile n'avaient pas d'aptitude à contracter mariage ; ils étaient considérés comme un bétail humain, dont le croît profitait au maître. C'est en vue de ce profit, et non pas mus par le sentiment de l'égalité, que les rois francs favorisèrent les unions entre personnes libres et les serfs royaux (*fiscalini*). Le but était d'augmenter autant que possible le nombre de

[1] *Lex Visigoth.*, L. III, t. II, § 2-3.

[2] *Lex Burg.*, t. XXXV, § 2-3.

[3] Adam Bremensis, *Hist. eccles.*, L. I, c. 4.

[4] *Lex Rip.*, t. LVIII, § 15, 16, 18; *Lex Sal.*, t. XIV, 7, 11.

[5] L. 24, Dig. *De statu hominum* (I, 5); Gaius, *Comment.*, I, 78. L'ancienne *lex Mensia* faisait exception à cette règle du droit romain, en ce qu'elle avait établi que l'enfant né d'une citoyenne romaine et d'un étranger, était étranger.

ces derniers, puisque, à moins de stipulations expresses, les enfants, en ce cas, restaient serfs du roi[1].

L'Eglise, une fois établie parmi les peuples de la Germanie, fit des efforts timides pour faire approuver les mariages entre serfs et serves[2]; mais elle n'osait pas aller jusqu'à approuver les unions entre des personnes libres et des individus de la classe servile[3], car ici elle se heurtait contre une loi politique. Aussi le système des lois barbares s'est conservé en France et dans les autres pays romano-germaniques, pendant tout le moyen âge, et il a même été étendu aux vilains, aux roturiers; bref, à toutes les inégalités créées par la hiérarchie féodale et aristocratique[4].

[1] Marculfe (L. II, form. 29) nous a conservé de ces sortes de stipulations.

[2] Concile de Châlons-sur-Saône de l'an 813: « Dictum est nobis quod quidam legitima servorum conjugia potestativa quadam præsumptione dirimant, non attendentes illud Evangelicum: « Quod Deus conjunxit, homo non separet »; unde nobis visum est ut conjugia servorum non dirimantur, etiamsi diversos dominos habeant, sed in uno conjugio permanentes, dominis serviant suis. » Voir aussi le Concile de Mâcon, ch. x.

[3] Voir les lettres du pape Léon à Rustic, évêque de Narbonne, et d'Yves, évêque de Chartres, dans les *Notes* de Laurière sur Loysel, *Instit. coutum.*, L. I, t. I, règle 25.

[4] Plusieurs proverbes ou adages expriment cette pensée. En Allemagne: « Trittst du meine Henne wirst du mein Hahn. » (Si tu abuses de ma poule, tu deviendras mon

Nous venons de dire que la défense des mariages entre personnes de différentes conditions était une loi politique. En effet, ce sont les mariages mixtes qui tendent le plus à effacer les inégalités de caste, de rang, de condition, de naissance, de nationalité et de religion. Aussi, partout où le législateur a voulu maintenir ces barrières, il s'est opposé avec force aux mariages mixtes. Telle fut la raison qui fit défendre aux prêtres de l'Orient d'épouser des femmes d'une autre caste; qui inspira à Moïse la loi empêchant le mariage avec des femmes étrangères; qui fit résister les patriciens de Rome à la demande de la plèbe, de la faire participer au *jus connubii*. C'est le même motif qui défendit, au moyen âge, les mariages entre personnes de conditions différentes, ou y attachait au moins des incapacités civiles; c'est la même raison enfin qui, encore de nos jours, rend l'Eglise catholique si hostile aux unions de ses membres avec des individus non catholiques.

Dans le mariage germanique, la femme se trouvait sous la garde de son époux, comme

coq.) « Das Kind folgt der ærgeren Hand. » (L'enfant suit la pire main.) En France : « En formariage le pire emporte le bon. » Quelques coutumes de France avaient consacré, par exception, le système romain, sous l'influence du droit canonique (c. 1, Extra, de natis ex libero ventre). V. Laurière sur Loysel, I, 1, 25.

avant le mariage elle s'était trouvée sous celle de son père ou de ses parents. Car la femme germaine, comme la femme romaine, se trouve toujours sous la garde de quelqu'un : fille, épouse ou veuve, elle a toujours un défenseur. Mais entre cette garde et la tutelle romaine, il y avait toute la différence que nous avons signalée entre le pouvoir du chef dans la famille romaine et dans la famille germanique.

De même l'autorité maritale, dans le mariage germain, diffère essentiellement de la puissance de l'époux romain, car c'est dans l'intérêt de la femme, et non pas dans celui du chef de la famille, qu'elle est exercée. Le mari doit protection à la personne et aux biens de sa femme; c'est lui qui doit la venger, c'est lui qui reçoit la composition pour les délits commis sur elle; c'est lui qui, tant que dure le mariage, administre les biens conjugaux; il en est, à l'égard des tiers, le seul administrateur, et ceux-ci ne peuvent traiter avec la femme sans le consentement du mari.

Voyons maintenant en quoi consistaient les biens de la femme, pour pouvoir nous rendre un compte exact de l'administration du mari et du régime des biens entre époux.

D'abord, il y avait la dot (*dos, meta, wittemon, pretium nuptiale*), le prix d'achat payé dans l'origine aux parents de la mariée, qui re-

vint ensuite, en partie ou en totalité, à la femme elle-même, à mesure que son individualité avait grandi, et qui, plus tard, contribua à former le douaire. Cette dot était un bien personnel de la femme. Quelques lois germaniques en déterminaient le montant, à défaut de conventions des parties : la loi Ripuaire la fixait à cinquante, celle des Allemans à quarante sous d'or[1]; celles des Burgondes et des Bavarois n'établissaient point de chiffre, mais il résulte des textes, que la coutume avait établi la valeur des dots selon le rang et la condition des parties[2].

Pendant le mariage, le mari, en vertu de son autorité maritale (*mundium*), administrait la dot; après sa mort elle revenait à la veuve et aux enfants issus du mariage. Le prédécès de la femme sans enfants annulait la dot, et la famille de la femme ne pouvait rien exiger, car ce n'est qu'en faveur de la veuve que la dot était constituée; aussi, toutes les lois germaniques n'en parlent que dans le cas de prédécès du mari. Le mariage étant dissous par la mort de celui-ci, la veuve avait l'usufruit de la dot, et

[1] *L. Rip.*, t. XXXVII, § 2; *L. Allem.*, t. LV. Voir sur la valeur du sou d'or et d'argent, M. Laferrière, *Hist. du droit civil de Rome et du droit français*, III, p. 510 et suiv.

[2] *L. Bajuvar.*, t. VII, 14 : « Dotem..... secundum genealogiam suam solvat legitime. » *L. Burg.*, t. XII, et *Additam.* I, t. XIV.

la nue propriété appartenait aux enfants[1]. Mais pour le cas où la veuve mourait sans enfants, les lois de la race germanique consacraient des dispositions différentes. Celle des Visigoths[2] attribuait la dot, après la mort de la veuve, à la famille du mari; tandis que les lois des Allemans, des Bavarois et des Francs Ripuaires conservaient la dot aux héritiers de la veuve[3]. La loi Burgonde avait consacré un moyen terme, en partageant par moitié, entre les deux familles des époux, la part du *wittemon* qui, chez les Burgondes, revenait à l'épouse[4]. La loi des Francs Saliens est muette sur ce point, mais les Capitulaires des rois francs établirent le principe du partage de la dot entre les deux familles. Déjà Clovis avait attribué, à la mort de la femme, les deux tiers de la dot à ses héritiers; Chilpéric, poussé par les évêques, fit triompher les principes de l'égalité, en établissant, à la mort de l'un des époux, le partage égal de la dot entre ses héritiers et l'époux survivant [5].

[1] *Capit. Chlodovœi*, VII et VIII; Marculfe, II, 9; *L. Burg.*, t. XXIV, § 1.

[2] *L. Visig.*, III, 1, 5.

[3] *L. Allem.*, t. LVI, § 1; *L. Bajuvar.*, t. XIV, 9, 2; *L. Rip.*, t. XXXVII.

[4] *L. Burg.*, t. XXIV, 2.

[5] *Capit. Chlodovœi*, VIII, § 1; *Chilperici regis edictum*, IV. (Pertz, *Monum. Germ. histor.*, t. IV, (Legum II), p. 5 et 10.

En outre de la dot, la veuve reprenait dans la masse les biens composant son don du matin (*morgengabe*). Cette donation, en usage chez les Orientaux, chez la race scandinave et chez tous les peuples germaniques, était faite par le mari le lendemain de la nuit nuptiale : sa signification primitive était le prix de la virginité, la reconnaissance de l'époux, qu'il avait trouvé une vierge. Quelques coutumes germaniques[1], à défaut d'expression convenable en latin, ont appliqué le nom de *dos* au don du matin, ce qui a contribué à rendre encore plus difficile l'étude du régime des biens entre époux, en usage chez cette race.

Tous les peuples germains qui se sont établis sur le sol de la Gaule ont distingué dans leurs lois le don du matin de la dot[2], excepté les Visigoths et les Bavarois. Les premiers, sous l'influence du clergé et des idées romaines, avaient proscrit les donations entre époux pendant la première année, et confondirent, par conséquent, l'ancienne dot, prix d'achat, avec le don du matin. La veuve y avait une part d'enfant en usufruit, et les époux supportaient les pertes et les gains faits

[1] *L. Sax.*, t. VIII et IX ; *L. Burg.*, t. LXII, § 2.

[2] Grégoire de Tours, IX, 20 ; *L. Rip.*, t. XXXVII, § 2 ; *L. Burg.*, t. XLII, § 2 ; *L. Allem.*, t. LVI, § 2.

pendant le mariage, en proportion de leur mise[1]. Enfin, la loi visigothe avait accueilli la disposition du droit romain qui permettait aux époux de se succéder réciproquement, à défaut de parents au septième degré[2]; disposition empruntée au Code théodosien[3], qui, lui-même, n'avait fait que confirmer l'ancien édit *Unde vir et uxor* du droit prétorien. Quant aux Bavarois, la veuve y avait, pour remplacer le don du matin, l'usufruit d'une quotité de biens qui dépendait du nombre des enfants[4], et qui, à défaut d'eux, était de la moitié de toute la masse[5].

Nous reviendrons, dans les chapitres suivants, sur le douaire, qui a occupé une place importante dans notre droit coutumier, et qui s'est formé des éléments de la dot et du don du matin confondus.

En troisième lieu, la veuve reprenait, à la dissolution du mariage, les biens qu'elle avait apportés de la maison paternelle, ce que les Romains et nos lois modernes indiquent par *dot*; mais les monuments germaniques, écrits en latin,

[1] *L. Visig.*, IV, 2, § 16 : « De his quæ vir et uxor in conjugio constituti conquirere potuerint. »
[2] *L. Visig.*, IV, 2, § 11, 14 et 16.
[3] C. 9, Cod. Theod., *De legit. hæred.* (V, 1).
[4] *L. Bajuv.*, t. XIV, 6.
[5] *L. Bajuv.*, t. XIV, 9, § 1.

n'ont jamais employé le mot *dos* dans ce sens. Les lois des Allemans et des Bavarois emploient des circonlocutions : « Quidquid illa de rebus parentum ibi adduxit[1]. » « Quidquid uxor de sede paterna secum attulit[2]. » Les Lombards et les Anglo-Saxons emploient des termes équivalents à *bien paternel*[3]; les diplômes du moyen âge se servent du mot *maritagium*[4] ; les Coutumes de France disent *mariage, mariage avenant.*

Ces biens consistaient ordinairement en objets mobiliers, les filles étant fréquemment exclues de l'hérédité de la terre. Si la femme mourait avant son époux, sans laisser d'enfants, le mari survivant héritait de ces biens.

Enfin, on trouve dans quelques lois germaniques une autre reprise exercée par la veuve, et qui n'était ni la dot, ni le don du matin, ni l'apport patrimonial. Cette reprise différait selon que la veuve restait seule ou avec des enfants. D'ailleurs, et c'est un point très-important, cette reprise ne se trouve dans aucune loi[5], concurrem-

[1] *L. Bajuv.*, t. VII, 14, § 2.

[2] *L. Allem.*, t. LV, § 1.

[3] *Faderfium, fœderingfeoh*; de *fader, father, vater*, père, et *fium, fia, fe*, bétail, valeur, argent, dans tous les idiomes germaniques. Il en est resté *fee* en anglais; *fe* en suédois; *vee* en hollandais; *vieh* en allemand.

[4] Ducange, V. *Maritagium*.

[5] Excepté dans la loi Burgonde, qui connaît le don du

ment avec le don du matin, de manière qu'elle nous paraît avoir été la part légale attribuée à la veuve, pour le cas où le mari ne lui avait point fait cette donation. Cette libéralité de l'époux, abandonnée d'abord à son arbitre, a été, plus tard, garantie aux femmes par des dispositions législatives, quand les lois commencèrent à favoriser l'émancipation civile du sexe le plus faible. Nous avons déjà dit quelles étaient, à cet égard, les dispositions de la loi des Bavarois et des Visigoths.

Quant aux Francs, l'antique loi salique ne contenait aucune disposition de ce genre; mais une formule, conservée par Canciani [1], prouve que le futur assurait à sa veuve une partie de ses biens, et cette part correspond, pour la quotité, au tiers fixé plus tard par la loi Ripuaire. Cette loi, en effet, attribuait à la veuve le tiers des acquêts, si le mari ne lui avait pas constitué le don du matin [2]. Le partage entre les enfants et la veuve de Da-

matin, que la veuve gardait en usufruit malgré son convol en secondes noces (*L. Burg.*, t. XXIV, 1), et un droit d'usufruit sur le tiers de la masse, qu'elle perdait aussitôt qu'elle se remariait. (*L. Burg.*, t. XLII, § 1, et t. LXII.)

[1] *Barbarorum leges antiquæ*, t. II, p. 476. Marculfe, II, 17.

[2] *L. Rip.*, t. XXXVII, § 2 : « ..... Et tertiam partem de omni re quam collaboraverint, *vel* quidquid ei in *morgengabe* traditum fuerit..... »

gobert, rapporté par Duchesne[1], confirme cette coutume franque; le tiers des acquêts faits pendant le mariage y est réservé à Nantilde. Louis le Débonnaire confirma cette coutume[2].

De même que la dot germanique et le don du matin se sont transformés en douaire, de même les avantages nuptiaux, que nous venons de décrire, ont été l'origine de la communauté conjugale, non-seulement en France, mais dans tous les pays romano-germaniques. Nous disons l'origine; car, certès, une véritable communauté ne pouvait avoir lieu chez des peuples qui assignaient au sexe féminin une position aussi secondaire dans la famille, et lui donnaient des droits successoraux tellement restreints, que les femmes ne pouvaient guère apporter de grandes richesses à leur mari. D'ailleurs, ce qui s'opposait encore à une véritable communauté chez les nations germaniques, c'est que les femmes n'y étaient pas tenues des dettes, et que, dans certains cas, comme celui de secondes noces, elles étaient menacées de la perte de ces avantages nuptiaux. Mais, nous le répétons, le principe de l'association était déposé dans ces anciennes Cou-

[1] I, p. 587.

[2] Capitul., IV, 9 : « Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum *tertiam partem collaborationis* quam simul in beneficio conlaboraverunt, accipiant. »

dans les Capitulaires [1]. Cependant, malgré les efforts du clergé, soutenu par le bras séculier, le divorce ne disparut complétement qu'au douzième siècle, quand les lois de l'Eglise devinrent la régle unique pour les questions de mariage dans la chrétienté. Jusque-là, nous voyons les hommes les plus illustres, les rois eux-mêmes, répudier leurs femmes sans motif.

§ 2.

Autorité paternelle. Minorité. Tutelle.

Le pouvoir paternel du chef de famille, chez la race germanique, a dû être dans l'origine une puissance à peu près absolue. Elle embrassait, à la fois, la garde (*mundium*) sur les personnes, et la saisine (*gewer*) sur les biens des enfants. Que l'exposition des nouveau-nés ait eu lieu, les antiques mœurs des Germains nous en font foi, quoique Tacite ait prétendu qu'à son époque, ce fait, qui constitue un crime si odieux aux yeux des nations modernes, mais qui fut général dans le monde païen, ne se présentait plus parmi les Germains[2]. Cet historien ne dit rien de la puissance paternelle, mais le pouvoir modéré du

[1] *Pipini Capit.*, a. 744, c. IX. A. 753, c. IX.

[2] C'est ainsi que la plupart des commentateurs entendent les mots *aut quemquam ex agnatis necare*, de Tacite, *Germ.*, c. 20.

maître sur l'esclave est garant que le père n'exerçait plus, à cette époque, une autorité tyrannique sur la famille. Ce qui est certain, c'est qu'au moment de l'établissement des tribus germaniques sur le sol de la Gaule, et de la rédaction, par écrit, de leurs Coutumes, l'autorité paternelle était tempérée et toute dans l'intérêt des protégés. Le père de famille n'y est pas le maître de la femme et des enfants, comme à Rome, il en est le gardien (*mundwald*, *mundoaldus*). Aussi un vieux commentateur des lois lombardes fait l'annotation suivante : « Jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris »; et notons bien que le *mundium* chez cette nation était plus sévère que parmi toute autre de la race germanique. La femme et les enfants étaient, malgré le *mundium*, des personnes distinctes du mari et du père, *sui juris*, comme on dirait dans le langage du droit romain ; le chef domestique n'exerçait son autorité que dans leur intérêt ; c'était à lui à les défendre, à venger leurs offenses. Aussi, c'est le père ou tout autre parent mâle tenant le *mundium*, qui reçoit la composition ou amende (*wergeld*) pour ceux qui sont sous sa garde, et le prix d'achat ou la dot (*pretium*, *dos*) pour les filles qu'il marie.

Le mariage mettait un terme au *mundium*. Les filles passaient sous celui de leur époux ; les

fils sortaient également de la garde du père, par leur établissement comme chefs de famille, différence profonde avec les fils de famille romains, qui, en se mariant, restaient sous la puissance de leur père.

Loin d'être, comme à Rome, une puissance à vie, le *mundium* cessait dès que les enfants mâles n'avaient plus besoin de protection, et pouvaient se défendre eux-mêmes. La force physique, dans chaque cas individuel, paraît d'abord avoir servi de règle, et la plus antique coutume d'Islande confirme cet usage, en déclarant majeur le jouvenceau de douze ans, pourvu qu'il sache défendre son bien, protéger sa vie, porter son bouclier et tendre son arc[1]. Lors de la rédaction des Coutumes germaniques, le besoin se fit sentir d'un âge fixe qui donnât la majorité. A cet égard, non-seulement les lois barbares ne s'entendent point sur la même époque, mais, ce qui est plus, chaque loi établit plusieurs âges pour les différents actes de la vie civile, confondant même quelquefois la majorité civile avec l'âge où commence l'imputation morale des délits. Ainsi, pour ne parler que des lois qui furent en vigueur sur le sol de la France, celle des Visigoths, quoi-

[1] *Gragas*, II, 20. Cf. Tacit., *Germ.*, c. XIII. *Leges Henrici* I, c. 78. *Leges Wilhelmi Conq.*, sect. III, c. XV.

que fixant la majorité à quinze ans, ce qui était conforme aux dispositions des lois Ripuaire et Burgonde[1], exige l'âge de vingt ans pour être tuteur ou *mundoaldus*, tandis qu'elle donne le droit de tester, en certains cas, dès la dixième année[2]. La loi Salique fixe la majorité à douze ans, d'accord sur ce point avec les premières lois des Lombards et des Anglo-Saxons[3]. Comme on le verra plus loin[4], ces divergences se sont conservées dans l'organisation de la famille coutumière et féodale, dans notre patrie.

Pour être sous la garde paternelle, il fallait être issu d'un mariage valable et contracté entre personnes de condition égale. L'enfant naturel, le bâtard, n'était point sous l'autorité du père, il ne faisait point partie de la famille, il n'héritait point de ses parents naturels; c'était le fisc ou le souverain, qui s'emparait des successions laissées par les individus nés hors mariage[5].

[1] *L. Visig.*, IV, 3, 1. *L. Ripuar.*, t. LXXXI. *Lex Burgund.* t. LXXXVII, 1.

[2] *L. Visig.*, IV, 3, 3 et 4.

[3] *L. Sal.*, t. XXVIII. *LL. Rothar.*, c. CLV. *LL. Hloth. et Eadr.*, c. VI. Le roi Luitprand changea plus tard la majorité du droit lombard, en la fixant à 18 ans. *LL. Luitpr.*, c. XIX et CXVII.

[4] Voir notre chapitre VI, § 2.

[5] Les lois lombardes de Rothaire formaient une exception en faveur des bâtards : ils pouvaient hériter de leurs parents et les avoir pour héritiers.

leur père, de leur mari, du plus proche parent mâle, ou du souverain [1]; les mineurs y restaient soumis jusqu'à ce qu'ils fussent en état de porter les armes, jusqu'au mariage, ou bien jusqu'à l'âge fixé plus tard par la Coutume.

Le père mort, la garde des mineurs de la famille se transmettait au plus proche parent mâle de la ligne paternelle; c'était par conséquent le fils aîné, s'il était d'âge, qui devenait le gardien, le tuteur [2] de ses frères et sœurs, ainsi que de sa mère, pendant le temps de son veuvage.

Si tous les enfants étaient en bas âge, la garde revenait au mâle le plus proche de la ligne paternelle, à celui qui avait l'obligation de venger leur mort, qui avait droit à leur *wergeld*, au plus proche héritier, enfin. Tel était le véritable caractère de la garde des mineurs dans la famille germanique. Quant à la faculté que les lois des Burgondes [3] et des Visigoths [4] attribuaient à la mère veuve, de prendre la garde de ses enfants mineurs, et de la conserver aussi

[1] *Lex Sax.*, VII, 2, 6-7. *Legg. Rothar.* c. CCV.

[2] *Foramunto*, *muntporo*, *mundoaldus*, *guardianus*, *bajulus*, dans les monuments latins du moyen âge, d'où le français *mainbournie*, *bail*, *baillistre*; le hollandais *momboir*; l'anglais *guardian*; et l'allemand *vormund*.

[3] Tit. LXXXV et LIX.

[4] L. IV, 3, 3.

longtemps qu'elle ne se remariait pas, c'était une institution étrangère à l'organisation de la famille germanique; elle était, comme tant d'autres dispositions de ces deux législations, une marque de l'influence d'autres idées, car les règles de la tutelle romaine y sont mêlées avec celles du *mundium*.

Le gardien ou tuteur, dans la famille germanique, étant le plus proche héritier du pupille, confondait l'administration des biens pupillaires avec les siens. En héritant de la garde de la personne des mineurs, il acquérait en même temps la saisine de leurs biens. Que ce fût l'idée de cette hérédité anticipée, ou bien l'effet de la saisine même, toujours est-il que le gardien avait anciennement la jouissance des fruits et revenus de la fortune des mineurs [1]. Ce côté productif de la garde germanique, qui la distingue profondément de la tutelle romaine, a pu être plus ou moins effacé à l'époque de la rédaction des lois barbares; le doute est permis, puisqu'elles n'entrent dans aucun détail à cet égard; toujours est-il que les traces de cette ancienne jouissance se retrouvent de tous côtés. La loi visigothe elle-même, dans laquelle la tutelle a déjà pris une allure tout à fait romaine, attribue encore au

[1] Phillips, *Deutsche Geschichte*, I, p. 618. Contra : Eichhorn, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, § 64.

tuteur un sixième du revenu des biens pupillaires [1]. Dans les Coutumes du moyen âge des pays Scandinaves [2], de l'Angleterre [3], de l'Allemagne [4], de la France [5], les tuteurs, gardiens et baillistres, avaient la jouissance de tout ou partie des biens des mineurs. La garde noble et la garde bourgeoise de notre droit coutumier, et la disposition de notre Code civil (art. 384 et suiv.), qui donne au père ou à la mère survivante la jouissance des biens personnels de leurs enfants jusqu'à leur dix-huitième année, ont également leur origine dans ce trait distinctif de la garde germaine.

En somme, la garde des mineurs dans la famille germanique était un droit, et produisait des avantages; la tutelle de la famille romaine, que nos lois modernes ont adoptée, est un devoir qui ne donne que des charges.

[1] L. IV, 3, 3.
[2] *Gragas d'Islande*, I, 192; *Loi de Jutland*, I, 30. Paus, *Samling af gamle Norske Love*, II, 137.
[3] Glanvilla, VII, 9, § 3; Coke *on Littleton*, sect. 103.
[4] Mittermaïer, *Gemeines deutsches Privatrecht*, § 365.
[5] Klimrath, *Études sur les Coutumes*, p. 120 et suiv.

§ 3.

Les successions.

Le principe unique sur lequel l'hérédité reposait chez les Germains, était le lien du sang, la parenté naturelle. D'après les idées primitives de cette race, le sang était, dans le corps humain, le siége de la vitalité, de l'âme [1], et c'est par le sang que les parents étaient censés perpétuer leur âme dans leurs enfants. Ce qui constitue la famille, c'est la communauté du sang; elle est, avant tout, basée sur les liens de la nature, et la famille politique est inconnue à la race germanique. En effet, l'association des membres de la famille ayant pour but de se défendre, personnes et biens, par les armes et par le serment, ne saurait être considérée comme une organisation politique; car elle découlait des devoirs imposés par les liens du sang.

C'est à ce principe qu'il faut attribuer l'aversion de cette race pour les moyens artificiels d'augmenter la famille, pour l'adoption, par exemple,

[1] Cette croyance a été commune à la race Scandinave. Voy. l'*Edda*, *Voelu-spa*, 15-17. Elle paraît aussi avoir été celle des prêtres d'Égypte, puisque Moïse, leur disciple, l'enseigne aux Israélites. *Levitic.*, XVII, 14 : « Anima enim omnis carnis in sanguine est. »

ainsi que pour les actes qui avaient pour but d'avantager un étranger au détriment des parents. Cependant, comme il n'y a rien d'absolu dans la nature de l'homme, de même que des individus, manquant de postérité, avaient eu recours à des moyens factices pour s'en procurer; d'autres, par la même raison ou par une autre, avaient pu vouloir laisser leurs biens à un ami ou à un étranger. Cela se faisait par une tradition, par une vente simulée ou réelle, accompagnée de symboles multipliés : la motte de terre, le gazon, le brin de paille, y représentaient l'immeuble; et le bâton, la lance, la flèche, le marteau, l'épée, la charrue et la clef y jouaient le même rôle que chez les autres races. Mais, chez les anciens Germains, il y avait encore des symboles particuliers empruntés à cette croyance, que l'âme se transmettait par le sang. Celui à qui on voulait donner son bien, on l'adjoignait d'abord à la famille, en lui faisant boire du sang du donateur, ou bien en lui faisant verser son propre sang sur le fonds de terre à acquérir. Par ce sang, on croyait établir une communion, un lien sacré entre l'étranger et la famille, entre le nouvel acquéreur et la terre [1].

[1] La communion par le sang humain se rencontre chez d'autres races. Voy. Michelet, *Origines*, p. 197.

Telle fut l'origine de la donation à cause de mort; elle est encore confondue avec la tradition, la donation, la vente; les mêmes symboles y sont employés. Dans l'Inde, à Athènes, à Rome, la faculté de tester est obligée de prendre les mêmes voies détournées; partout le testament se cache d'abord sous l'adoption, ou sous une vente simulée.

Un autre motif empêchait encore, chez les nations germaniques, de déférer l'hérédité par la volonté du défunt; c'est la propriété collective de la famille sur ses biens. Cette propriété collective fut aussi la source de la saisine, qui s'est conservée dans toutes les législations des nations de souche germanique, et l'origine de notre règle en matière de succession: « Le mort saisit le vif »; car il suffit de la mort du parent pour investir ses héritiers de la succession.

Selon le système que les Germains suivaient à l'égard de la propriété de la terre, les biens-fonds n'étaient point la propriété individuelle du possesseur, mais la propriété collective de toute sa famille; non pas dans le sens de la copropriété romaine (*condominium*), mais en ce sens que chaque membre avait un droit éventuel selon le degré de parenté, droit qui ne pouvait lui être ravi sans son consentement.

Cet état marque un point de transition remarquable dans les phases de la propriété. C'est le moment où la propriété, et nous désignons par là la terre, est, pour ainsi dire, suspendue entre deux principes; n'appartenant plus à tout le monde, et cependant n'appartenant pas encore à un seul, elle a cessé d'être une chose commune, sans devenir pour cela une chose individuelle. A ce point de la civilisation humaine, en général, et du développement de la propriété, en particulier, il y a moins des biens personnels que des biens de famille.

Par tous ces motifs, les testaments étaient non-seulement inconnus aux Germains (car il y a une distance énorme entre les donations à cause de mort et les testaments), mais encore les membres de la famille étaient tous copropriétaires, quoiqu'à des degrés différents; leur consentement était absolument nécessaire pour toute aliénation entre vifs, soit donation, vente, échange ou autre. Déjà Tacite [1] avait observé ce caractère de la succession germanique, si profondément opposée à la succession romaine de son temps : « Hæredes successoresque sui cuique liberi, et *nullum testamentum ;* si liberi non sunt, proximi gradus in successione, fra-

[1] *De mor. Germ.*, c. xx.

tres, patrui, avunculi » ; et le droit coutumier avait établi la maxime, que « Dieu seul peut faire un héritier. »

Une autre conséquence naturelle de cette espèce de copropriété qu'avaient tous les membres sur les biens de la famille, était la défense absolue d'en disposer ou de les aliéner, à moins du consentement formel des parents et membres de la famille. Les recueils de formules et les diplômes du moyen âge sont remplis de témoignages sur l'application rigoureuse de ce principe ; à chaque page on rencontre des actes d'aliénation, dans lesquels les descendants et les collatéraux figurent comme parties consentantes.

Ce n'est que vers le douzième siècle que ce *veto* absolu disparut. Mais il resta le retrait successoral ou lignager, qui donnait aux parents du vendeur la préférence d'acquérir les biens de la famille, à l'exclusion de tout étranger, et qui avait déjà été établi par la loi des Saxons, du temps de Charlemagne[1]. Le retrait a joué un rôle important dans les successions sous l'époque féodale et coutumière[2]. Montesquieu l'avait ap-

[1] *L. Saxon.*, tit. XVII : « Liber homo ...... si hæreditatem suam, necessitate coactus, vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo ; si ille emere noluerit, offerat tutori suo, vel ei qui tunc a rege super ipsas res constitutus est. Si nec ille voluerit, vendat eam cuicumque voluerit. »

[2] Voy. notre chap. VI, § 3.

pelé le mystère de la jurisprudence française.

Mais si les droits de la parenté avaient été mis à l'abri de toute atteinte de la part du chef de la famille, la logique demandait aussi que les membres de la famille ne pussent s'affranchir, à leur gré, des devoirs qu'imposait cette parenté. La loi Salique[1], comme le plus antique monument des législations barbares, nous a légué la preuve que la renonciation à la parenté devait se faire publiquement et solennellement; tout rapport de famille, droit de succession, droit au *wergeld*, droit à l'assistance par le serment, cessait à l'instant, le parent devenait un étranger.

Pour revenir à la disposition des biens après la mort, les lois barbares portent, à cet égard, des empreintes diverses, dues surtout au voisinage ou à l'éloignement des provinces romaines, et au plus ou moins d'influence que le clergé avait exercé sur leur rédaction. Les lois des Saxons et des Frisons avaient conservé l'ancien principe dans toute sa pureté; aucune disposition de biens, après la mort, ne s'y trouve mentionnée. Celles des Lombards, des Francs Saliens et Ripuaires ignorent encore, il est vrai, le testament, mais elles connaissent déjà les donations à cause de mort. Le testament apparaît enfin, timidement, dans les

[1] Tit. LXIII, *De illo qui se de parentilla tollere vult.*

lois des Allemans, des Bavarois et des Burgondes; mais il n'a conquis toute la physionomie du testament romain que dans la législation des Visigoths. C'est que le clergé avait eu la plus grande influence sur cette dernière législation, et il est constant que l'Eglise n'a fait, pour aucune institution civile, autant d'efforts que pour naturaliser les testaments chez les nations issues de la race germanique.

Les donations à cause de mort, qui apparaissent comme moyens de transition aux testaments, se faisaient lors du vivant du donateur, et étaient entourées de beaucoup de formalités. D'après les lois franques, cette donation (*afatomia*) n'était valable qu'à défaut d'héritiers naturels. La loi Salique, il est vrai, ne le dit pas en termes formels, mais l'ancienne coutume et les dispositions des lois Ripuaires et Lombardes le garantissent[1].

Chez les Bavarois et les Allemans, l'usage du testament n'est permis qu'en faveur de l'Eglise; la constitution de la famille n'en reçoit aucune atteinte, pas même par cette disposition de la loi

[1] *L. Rip.*, t. XLVIII : « Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit..... » *Legg. Rothar.*, c. 168, 170, 171 : « Si quis desperaverit propter senectutem, aut aliam corporis infirmitatem, quod filios non possit habere, et res suas alii thingaverit. »

bavaroise, qui permet de tester en faveur de la veuve, à défaut de descendants[1]. La Coutume des Burgondes qualifie le testament d'usage romain, étranger aux coutumes des ancêtres[2], et n'en fait mention que dans un ou deux endroits[3]. Quant aux dispositions entre vifs, cette loi ne permet au père de faire des donations, avant le partage avec les enfants, que sur les acquêts, en exceptant formellement les propres, la terre des ancêtres[4]. Chez les Visigoths, au contraire, la liberté de tester, donnée par la loi, avait fini par tellement saper la constitution de la famille, que les rois furent obligés de ramener leurs sujets vers les anciennes traditions nationales. L'exhérédation des enfants fut défendue, les enfants déclarés héritiers nécessaires, et la disposition libre des biens limitée au cas d'absence de descendants : le testateur ne pouvait plus avantager un de ses enfants au delà d'un tiers, et un étranger, même l'Église, que d'un cinquième de ses biens[5]. Ainsi, l'excès appelle partout et en toutes choses la réaction. L'Église et le clergé, qui avaient eu sur les lois des Goths plus d'in-

[1] L. Bajuvar., t. I, 1, et t. XIV, 9 ; L. Alam., t. I et II.
[2] L. Burgund., t. LX.
[3] L. Burg., t. XXIII, § 3 et 4.
[4] L. Burg., t. I, § 1.
[5] L. Visigoth., IV, 2, 20, et IV, 5, 1.

fluence que sur aucune autre législation barbare, en abusèrent d'une manière si indigne, que le pouvoir temporel, toujours ombrageux, se vit dans la nécessité de mettre des bornes à cette influence, et de circonscrire des libéralités qui, pour enrichir les clercs, jetaient les familles dans la misère et le dénûment[1].

Les peuples de la race germanique avaient une manière distincte de compter la parenté, qui influe sur l'ordre particulier que tiennent les héritiers. L'ordre parentélaire (de *parentela, parentilla*) peut être représenté par un système de cercles qui vont en s'agrandissant. La première parentèle, dont le cercle est le plus restreint, comprend le défunt et ceux qui en descendent; par conséquent ce sont les enfants qui, chez la race germanique comme partout, sont les premiers héritiers appelés.

A défaut de descendants, venait la seconde parentèle : ce cercle renfermait tous ceux qui descendaient avec le défunt de la souche la plus proche, c'est-à-dire, de son père ou de sa mère; elle comprenait, par conséquent, le père, la mère du défunt, ses frères et sœurs et leurs descendants.

[1] La même réaction se fit chez les Francs. *Capitul. Aquisgran.*, anni 806, c. VI; *Capitul. ad eccles. ordin.*, c. VII.

La troisième parentèle prenait son point de départ dans le grand-père et la grand'mère du défunt, et embrassait tous ceux qui en descendaient, et ainsi de suite, en remontant l'échelle de la souche commune.

Dans chaque parentèle, l'auteur commun, et après lui le parent le plus rapproché de la souche commune, excluait tous les autres membres de la parentèle. Cette particularité de la succession germanique produisait des effets très-remarquables. Par exemple, dans la première parentèle, les enfants du premier degré excluaient les petits-enfants, orphelins d'enfants décédés; ce n'est qu'à défaut d'enfants du premier degré, que les petits-enfants venaient succéder, et, en ce cas, ils héritaient par tête [1]. Le droit de représentation, par conséquent, était contraire aux principes de la succession germanique.

Dans la seconde parentèle, le père et la mère, comme étant plus près de la souche commune, excluaient les frères et sœurs du défunt, et ce principe est soigneusement conservé dans les lois des Francs et des Goths [2].

La manière de computer la parenté était encore essentiellement différente de celle du droit

[1] *L. Sal.*, t. LXII, 6.
[2] *L. Sal.*, t. LXII; *L. Rip.*, t. LXI; *L. Visigoth.*, IV, 1, 1-2.

romain qui, dans les lignes collatérales, remontait à la souche commune, pour en redescendre, de manière que deux cousins issus de germains y sont déjà au sixième degré de parenté. Suivant la computation des parentèles, adoptée plus tard par l'Eglise et le droit canonique, pour établir les empêchements de mariage, on ne comptait en ligne collatérale qu'une seule ligne, celle qui remonte à la souche commune, ou bien celle qui en descend. D'après ce compte, les deux cousins issus de germains ne sont qu'au troisième degré, de manière que les limites imposées à la successibilité, par les lois barbares, qui varient du cinquième au septième degré, équivalent au double de la computation romaine. Ceci explique pourquoi l'art. 755 de notre Code civil a établi le douzième degré, tandis que les Coutumes de France avaient limité la parenté légale à la sixième parentèle; c'est que les rédacteurs du Code, tout en ayant adopté la computation romaine, ne voulaient cependant pas circonscrire la successibilité dans de plus étroites limites que n'avait fait le droit coutumier. Il a donc fallu admettre un nombre double, et le douzième degré du Code équivaut ainsi à la sixième parentèle de nos anciennes Coutumes.

Un autre trait caractéristique de la succession germanique était la distinction des biens compo-

sant la même succession, en propres et acquêts, en biens paternels et maternels, en meubles et immeubles, en objets servant uniquement aux hommes, et en choses servant exclusivement aux femmes. Il n'y avait donc pas, comme dans la succession romaine et dans nos lois modernes, unité de patrimoine, mais il y avait autant de masses différentes qu'il y avait de biens de diverse nature, et chaque masse était dévolue suivant un ordre particulier de succession.

La distinction la plus importante, celle qui a sa racine dans la copropriété de tous les membres de la famille, est la division des biens en propres, ceux qu'on a hérités de ses ancêtres, et en conquêts, ceux qu'on a acquis soi-même. Cette distinction fondamentale a été apportée en Europe par les Germains et les Scandinaves; en Orient, les antiques lois des Indous l'avaient déjà consacrée[1]. La pensée qui la domine et qui a pénétré dans toutes les lois germaniques, c'est que la terre héritée est la propriété de la famille, et que le propriétaire n'en est, pour ainsi dire, qu'un détenteur viager, n'en ayant point la libre disposition. Le bien acquis, au contraire, soit par le travail, par achat, par échange, soit à tout autre titre que l'hérédité, est à la pleine et en-

[1] *Code of Gentoo laws*, p. 82-83.

tière disposition du propriétaire; il peut le donner, vendre, aliéner, léguer à son gré. Cette distinction mérite, à notre sens, la méditation des penseurs modernes; car si, d'un côté, le principe de la famille y est profondément gravé, de l'autre côté, quel hommage éclatant au travail et à la spontanéité individuelle!

La *terra salica* de la loi Salique, la *hæreditas aviatica* des Ripuaires, la *terra sortis titulo acquisita* des Burgondes, la *terra* et *alodis paterna* des Formules, et la *proprietas*, le *proprium* des Capitulaires, étaient le lot de terre qui primitivement, lors de l'occupation, avait été alloué (*alodis*, *sors*) à chaque chef de famille, à condition de s'y fixer : c'était là le propre le plus ancien, et telle en était la signification primitive dans les lois germaniques des cinquième, sixième et septième siècles. Avec le temps, le sens général des biens propres était d'avoir été acquis par hérédité, en opposition à ceux acquis à un autre titre. Le droit coutumier français les appelait, plus tard, *biens propres*, *avitins*, en opposition des *acquêts*, *conquêts*. Le Code civil, qui a aboli cette distinction dans les successions, suivant, à cet égard, la loi du 17 nivôse an II, l'a conservée, par une étrange inconséquence, dans le régime des biens entre époux.

C'est pour l'aliénation des propres, qu'était

requis le consentement des membres de la famille; c'était à eux que s'appliquait le retrait successoral; c'est enfin de la succession des propres que les femmes ont été le plus généralement exclues.

Ceci nous reporte à la différence des sexes, qui joue un grand rôle dans la famille germanique. L'infériorité des femmes est un fait général dans l'enfance du genre humain, et c'est, avant tout, dans la faculté de succéder que se révèle cette infériorité, puisqu'elle marque le degré qu'occupe chaque membre dans la famille. Les priviléges de sexe ou d'âge n'ont plus ni sens ni justice, dès que l'Etat est assez fort pour garantir une égale protection à tous, forts ou faibles; mais à l'époque où chaque famille est encore une fédération isolée et indépendante, se protégeant, se défendant elle-même; où des charges, souvent incompatibles avec la faiblesse du sexe et de l'âge, sont imposées à l'héritier; où l'individu, qui hérite d'un champ, doit être capable de le défendre lui-même contre ses agresseurs; à cette époque, les priviléges des mâles et des aînés sont souverainement justes, parce qu'ils sont rigoureusement nécessaires à la constitution et à la conservation de la famille et de l'état social.

Ainsi, dans les forêts de la Germanie, et avant

l'invasion dans les Gaules, le sexe féminin était exclu de la succession des biens-fonds; mais, à mesure que les nations germaniques s'établirent sur le sol de l'ancien empire d'Occident, les besoins nouveaux, la richesse et l'abondance des biens mobiliers, le contact avec les vaincus, l'influence des lois romaines, et surtout l'action incessante du clergé, firent admettre les femmes aux successions, mais toujours avec une infériorité plus ou moins marquée vis-à-vis des membres mâles de la famille. Les droits des femmes variaient ainsi dans les lois germaniques, selon le degré de l'influence qu'avaient exercée toutes les causes que nous venons de signaler. Tantôt les héritiers du sexe féminin sont entièrement exclus, comme des terres propres dans la loi Salique[1]; tantôt ils ne le sont qu'à défaut d'héritiers mâles, comme chez les Burgondes[2], les Bavarois[3], les Allemans[4], et, pour les terres propres, chez les Ripuaires[5]. Ici, les filles héritent à défaut de fils; là, elles ne viennent qu'après les mâles de la quatrième ou cinquième parentèle, comme chez les peuples de la Thu-

1 *L. Sal.*, t. LXII, 5.
2 *L. Burg.*, t. XIV, 1.
3 *L. Bajuv.*, t. XIV, c. VIII-IX.
4 *L. Allem.*, t. LVII et XCII.
5 *L. Rip.*, t. LVI, 4.

ringe [1]. En ligne collatérale, c'est souvent la lignée du père, la parenté du glaive, de la lance, qui est préférée à la lignée maternelle, à la parenté du fuseau, de la quenouille[2], comme dans les lois salique, burgonde, visigothe; et encore ces lois n'allaient pas si loin que celles des Thuringiens, où il ne suffisait pas d'être de la lignée paternelle, mais où il fallait être encore du sexe masculin, pour pouvoir hériter [3]. Enfin, chez les Visigoths, et, pour les biens autres que les propres, également chez les Francs Ripuaires, les femmes avaient les mêmes droits que les mâles [4].

L'Eglise, les clercs, en leur qualité de rédacteurs des actes et formules, et les rois francs, dans leurs Capitulaires, furent très-favorables aux droits des femmes. C'est dans les formules et les testaments, que les sentiments de la nature se vengeaient souvent des combinaisons sociales et politiques; et plus d'une fille fut ainsi appelée

[1] *L. Angl. et Wer.*, t. VI, 8.

[2] *Fusus* et *lancea* dans la loi des Angles et Varnes, t. VI, 8. *Spear* and *distaff* dans les lois Galloises de l'Angleterre. *Swerd und Spillmagen* dans le *Miroir Saxon*. *Sweert en Spil-zyde* dans les Coutumes frisonnes et hollandaises. De là aussi l'expression française *tomber en quenouille*.

[3] *L. Sal.*, t. XLVII, LXI, LXII; *L. Burg.*, t. LII. *L. Visig.*, IV, 2, 10. *L. Angl. et Werin.*, t. VI, 8.

[4] *L. Visig.*, IV, 2, 9. *L. Rip.*, t. LVI.

à succéder avec son frère, de même que plus d'un petit-fils fut admis, par ce moyen, à hériter à côté des enfants du premier degré.

Il y avait, dans le partage des héritages, encore cette singularité, que certains objets étaient par leur nature mâles ou femelles, et allaient exclusivement aux héritiers de l'un ou de l'autre sexe. Les armes de guerre et de chasse revenaient de cette manière aux parents mâles seuls. La Coutume des Thuringiens contient une disposition explicite à cet égard[1]. Les lois des peuples germaniques établis sur le sol des Gaules n'ont point de disposition semblable; mais un vestige de cet usage s'est néanmoins conservé dans la Coutume de Bretagne, où on lit, à l'art. 568 : « Les harnois de guerre ne chéent en partage, et doivent demeurer à l'hoir principal des nobles, et l'eslite des chevaux avec leurs harnois. » La Coutume du Bourbonnais (art. 301) a une disposition analogue. D'autres objets, au contraire, servant de parure ou de vêtements féminins, revenaient aux femmes, à l'exclusion des mâles. La loi Burgonde et celle des Thuringiens présentent des dispositions relatives à cette succession particulière des fem-

[1] *L. Angl. et Werin.*, t. VI, 5 : « Ad quemcumque terræ hæreditas pervenit, ad illum vestis bellica, id est lorica.... debet pertinere. »

mes [1]. Les Coutumes de France n'en ont pas gardé de trace.

Dans les autres pays romano-germaniques, tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suisse, le Tyrol, cette succession spéciale des sexes, à raison de la nature des objets trouvés dans les héritages, s'est longtemps conservée. La part réservée aux mâles se rencontre, sous le nom de *tott-laybe*, *herwette*, *heergewette*, *heergeraethe*, dans les *Miroirs* saxon et souabe, et se retrouve dans les statuts de l'Allemagne et des Pays-Bas, durant le reste du moyen âge [2]. La part réservée aux femmes (*rhedo*, *rade*, *gerade*, *corredi*) a été définie avec une exactitude minutieuse par tous les coutumiers et statuts de l'Europe centrale [3].

[1] *L. Burg.*, t. LI, 3 : « Ornamenta quoque et vestimenta matrimonialia ad filias absque ullo fratrum consortio pertinebunt. » *L. Angl. et Werin.*, t. VI, 6 : « Mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat, filiæ vero spolia colli, id est murenas, nuscas, monilia, inaures, vestes, armillas, vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse. *Ibidem*, t. VII, 6 : « Qui ornamenta muliebria, *quod rhedo dicunt*, abstulerit..... »

[2] *Miroir Saxon*, L. I, 27, § 2. *Miroir Souabe*, c. CCLXVII, § 11. *Dithmarsisches Rechtsbuch*, cap. CCXXI-CCXXII. Von Sydow, *Erbrecht des Sachsenspiegels*, p. 152. Arntzenii *Instit. juris belgici*, II, p. 133.

[3] *Miroir Souabe*, c. CCLXVII, § 1. *Miroir Saxon*, L. I, 27, § 1. Sydow, p. 19. Grimm, *Deutsche Rechtsalterth.*, p. 568 et s. Mittermaïer, *Gemeines deutsches Privatrecht*, § 446-447.

Telle était, à grands traits, la constitution personnelle et réelle de la famille chez ces nations qui, en venant d'outre-Rhin, importèrent l'élément germanique dans la Gaule romaine.

Quel fut le rôle propre que joua cet élément dans le développement de la civilisation française ? quels ont été ses rapports avec les autres éléments ? comment en sortirent la féodalité et le droit coutumier ? Ces importantes questions trouveront leur solution dans les chapitres suivants.

Bluntschli *Rechtsgeschichte von Zürich*, II, 298. Arntzenii *Instit. jur. belg.*, II, 133. Haltaus, v° *Gerade*.

CHAPITRE V.

DE L'INFLUENCE DE L'ÉGLISE CHRÉTIENNE SUR LA FORMATION DU DROIT ET SUR L'ORGANISATION DE LA FAMILLE EN FRANCE.

Les trois grands éléments de la civilisation française ont été : Rome, les Barbares et le Christianisme ; le monde ancien, le monde nouveau, et l'Église catholique qui, en cherchant à marier les deux, fut comme le trait d'union entre ces éléments si hétérogènes.

Nous venons d'exposer l'organisation de la famille dans le monde romain et dans le monde barbare ou germanique ; il nous reste à examiner de plus près l'influence que l'Église catholique a exercée sur la constitution de la famille.

Cette influence fut non-seulement immense, elle a été en outre très-multiple. D'abord c'était non-seulement celle du christianisme même, celle des doctrines et des principes religieux ; c'était plus encore, l'influence de l'Église, de

cette corporation nouvelle et des hommes qui la composaient. En effet, l'Église devait nécessairement conquérir un ascendant immense sur toutes choses, à une époque où le vieux monde romain s'en allait en s'écroulant, et où le nouveau monde germanique était encore à peine sorti du chaos. L'Eglise seule présentait à ce moment l'aspect d'une société régulièrement constituée, ayant ses principes, ses lois et sa discipline. C'était au sein de l'Eglise que l'élite de l'intelligence et de la science s'était réfugiée; et les membres de l'Eglise seuls s'occupaient, dans ces temps, des grandes questions qui intéressent l'homme et la société, fondent la famille et décomposent les empires.

Il y avait plus. Les évêques qui se trouvaient à la tête de l'Eglise cherchèrent et parvinrent à fonder leur puissance sur une triple base. Par leur intervention dans le régime municipal, ils exercèrent leur prépondérance dans les cités, ils recueillirent l'héritage des anciennes magistratures, et ils renouèrent, pour ainsi dire, le dernier chaînon de l'administration romaine. En leur qualité de conseillers du pouvoir temporel, ils assistaient les nouveaux rois barbares dans leurs essais de gouvernement et de législation, et travaillaient sans cesse, par ce moyen, à fondre les idées de la race germanique avec les prin-

cipes du droit romain et les préceptes de l'Eglise. Enfin, enrichis par la piété de leurs ouailles et par la libéralité des souverains temporels, qui n'étaient souvent dans leurs mains que des instruments dociles de leur volonté, les évêques, devenus possesseurs de vastes domaines, entrèrent dans la hiérarchie des puissants propriétaires territoriaux, qui ont eu pendant si longtemps la suprême direction dans les affaires publiques et privées.

Ajoutons, à toutes ces causes, le désir immodéré de l'Eglise d'agir sur le monde et sur les éléments qui l'environnaient, ce que nous appellerions de nos jours, un ardent esprit de propagande, et nous aurons mis à nu les ressorts de cette influence immense, qui, selon l'aveu d'un de nos plus grands historiens[1], a dépassé tout ce qu'en ont dit et ses plus grands détracteurs et ses défenseurs les plus zélés.

Cette influence de l'Eglise, qui, plus tard, est devenue tyrannique et terrible, qui commit mille iniquités et mille erreurs, jusqu'à se dégrader par l'inquisition, a imprimé à la société européenne, pendant les premiers siècles du moyen âge, le mouvement le plus salutaire, en même temps qu'elle a été le lien qui noua en-

[1] Guizot, *Hist. de la civilisation en Europe*, Leçon Ve.

semble l'ancien et le nouveau monde. Enfin, dans un cercle plus restreint, ce fut l'Eglise qui contribua le plus puissamment à marier les deux éléments romain et germanique, qui se trouvèrent en présence sur le sol de notre patrie, à partir du cinquième siècle.

Nous venons de dire que l'influence du christianisme et de l'Eglise a été multiple. En effet, avant de commencer ce travail de fusion, travail que l'Eglise accomplissait au moyen des décrets des conciles ; les clercs, au moyen des formules et des actes judiciaires, qu'ils étaient habituellement chargés de rédiger, comme les seuls hommes lettrés; les évêques, par les Capitulaires, qu'ils dictaient aux rois francs, devenus les maîtres de la plus grande partie des Gaules; l'esprit de la religion nouvelle avait déjà exercé antérieurement une grande influence sur chaque élément séparément. L'influence du christianisme sur le droit civil de Rome, que nous n'avons fait qu'effleurer dans notre troisième chapitre, a été décrite par une plume qui ne laisse plus rien à dire ni au jurisconsulte, ni au philosophe, ni à l'historien. Nous renvoyons donc au beau livre de M. Troplong [1] ceux qui veulent connaître à fond l'influence du christia-

[1] *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1842.

nisme sur la constitution de la famille romaine et les modifications profondes que le mariage, la puissance paternelle, la condition des femmes, des enfants et des esclaves, ainsi que les successions, ont subies à partir des Césars chrétiens.

D'une autre part, l'élément germanique, représenté par les premières lois barbares, avait déjà subi l'influence des clercs et de l'Eglise, indépendamment des autres causes qui, après l'établissement fixe sur le territoire de l'empire romain, devaient nécessairement modifier les anciens rapports d'individu à individu, et en faire naître de nouveaux entre les anciens habitants du pays et ses récents envahisseurs. En effet, ces lois étaient presque toutes rédigées par la main ou avec la coopération des clercs. Puis la plupart des chefs barbares convertis au christianisme, notamment les rois francs, subissaient l'ascendant des évêques et des clercs qu'ils s'étaient attachés en qualité de conseillers; aussi les Capitulaires ne font qu'agrandir, à chaque page, cette influence des dignitaires de l'Eglise.

Quelles conséquences incalculables pour l'influence du clergé ne dut pas avoir cette disposition de Louis le Débonnaire, qui autorisait, en tout état de cause, l'arbitrage forcé des évêques, du moment où l'une des parties le proposait?

disposition insérée par la main des clercs dans les Capitulaires, et qui fut l'une des sources les plus abondantes de la juridiction ecclésiastique [1]. Cette juridiction fut plus tard considérablement élargie, quand l'Eglise avait fini par se faire accepter pour juge dans tous les litiges relatifs aux mariages et aux testaments, et on sait avec quelle astucieuse habileté elle savait découvrir dans tous les procès des connexités avec ces matières [2].

Un autre puissant moyen de fusion entre les idées romaines et les mœurs germaniques étaient les formules et actes de la vie civile, tels que les contrats de mariage et de vente, les actes de donation et d'adoption, les testaments, les chartes d'affranchissement, qui se faisaient en latin et par la plume des clercs. Or, la très-grande partie des clercs sortaient des anciennes familles gallo-romaines, et, depuis Louis le Débonnaire, tous les ordres de l'Eglise étaient te-

[1] Cette disposition était calquée sur une Constitution de Constantin que la science moderne a déclarée apocryphe. Il est vrai que les empereurs Théodose et Justinien avaient autorisé l'arbitrage des évêques, mais avec cette clause importante, que *toutes les parties intéressées* devaient y adhérer.

[2] Cette extension de la juridiction exceptionnelle de l'Église a donné lieu au mot spirituel de Pasquier « que les faubourgs étaient trois fois plus grands que la ville. »

nus de vivre selon la loi romaine, dans toute l'étendue de l'empire franc[1]. Tout, par conséquent, portait les clercs à faire prédominer dans ces actes l'élément romain, quant à la forme et quant au fond. Mais il y avait un motif bien plus profond, bien plus providentiel à cette préférence ; c'est que les sentiments de justice, d'équité, d'égalité et de douceur, avaient pénétré plus en avant dans la législation romaine, image d'une société civilisée, que dans les rudes lois de la race germanique, faites pour une société guerrière et à peine assise sur le sol.

Cette action bienfaisante du pouvoir de l'Eglise se prolonge encore longtemps dans l'époque féodale et coutumière. Elle se pose en médiatrice entre le seigneur et le vassal, entre le vassal et le serf ; elle cherche à suspendre les guerres privées ; elle établit la trêve de Dieu ; elle s'efforce de substituer une ombre de justice réglée aux expédients barbares, aux duels judiciaires ; enfin elle transige là où elle ne peut vaincre les mœurs sauvages d'un siècle de fer et de violence.

L'Eglise gardera l'éternel mérite d'avoir puissamment contribué à la moralisation de la vie

[1] *Chlothacharii regis Const.*, I, c. XIII. *L. Rip.*, LVIII, 1. *Pactum Tusiacum*, ann. 865, c. VI. *Ivonis epistolæ*, n. 280. *Act. Sancti Martii*, t. III.

privée, en combattant sans cesse les fléaux destructeurs de la famille, le rapt, l'inceste, l'adultère, le concubinat, le divorce et la répudiation; la répudiation, ce sacrifice de la passion éteinte à la passion qui s'allume. Ce sont surtout les Capitulaires des premiers rois carlovingiens qui, sous l'inspiration des évêques, ont contribué à réorganiser la famille sur des bases fixes, en posant des règles sur la publicité des mariages[1], sur le divorce, sur les degrés de parenté, et sur les droits et devoirs réciproques des époux. Depuis, l'influence de l'Eglise n'a cessé de se faire sentir sur les principaux actes de la vie domestique. Les conditions constitutives, les preuves extrinsèques du mariage, cette pierre angulaire de la famille, furent entièrement soumises à son contrôle; ce qui fut autrefois un contrat devint un sacrement; de nouvelles solennités y furent ajoutées, et la bénédiction de l'Eglise expressément requise.

L'ancien *pretium nuptiale*, la dot germanique, se ressentit de ce changement. Elle ne pouvait plus exister comme prix d'acquisition; elle devint le douaire que le mari était obligé de constituer au moment de l'union devant la porte de

[1] *Pippini reg. Capitul. Vernense*, ann. 755, c. xv: « Ut omnes homines laici *publicas nuptias* faciant, tam nobiles quam ignobiles. » (Pertz, t. III, p. 26.)

l'église [1], don que les conciles [2] et les capitulaires [3] considéraient comme un élément essentiel d'un mariage valable [4].

Pour obvier aux unions incestueuses, très-communes chez les Barbares, l'empêchement pour cause de parenté fut établi à de certains degrés [5]. Le concile de Worms, de l'an 868, avait même été jusqu'à défendre toute union entre personnes dont la parenté pouvait être démontrée [6];

[1] *Ad ostium ecclesiæ;* à porte de moustiers; à l'huis del monasterie.

[2] Concile d'Arles de 524 : « Nullum sine dote fiat conjugium, nec sine publicis nuptiis quisquam habere præsumat. » « Tunc per concilium et benedictionem sacerdotis et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet. » — « Namque de legitimo matrimonio dicit Augustinus : Talis esse debet quæ uxor habenda est : secundum legem sit casta in virginitate et dotata legitime..... »

[3] *Capitul,* l. VII, c. LXXIX et CV.

[4] Ceci donna lieu au douaire fictif qui se conserva dans les rituels de l'Église jusqu'au seizième siècle. D. Martene rapporte un rituel de l'église de Reims, de 1585, dans lequel le fiancé, au moment de passer l'anneau nuptial au doigt de la mariée, lui pose trois deniers dans la main, en ajoutant les paroles : « Et de mes biens je vous doue. » Selon le rituel de Besançon, le fiancé prononçait la formule suivante : « De mon corps je vous honore, de cet anneau je vous épouse, de mes biens je vous doue. »

[5] *Capitul.*, l. VI, c. CXXX et CXXIII, l. VII, c. CCCCXXXII.

[6] *Concil. Wormat.*, ann. 868, cap. XXXII : « In copulatione fidelium, generationum numerum non definimus, sed id sta-

prohibition exagérée, qui se trouve déjà dans les Capitulaires de Louis le Débonnaire[1]. Enfin, le décret du pape Innocent Ier (1216), qui fixa l'empêchement de mariage pour cause de parenté au quatrième degré, devint la coutume générale de France.

La lutte de l'Eglise contre le concubinat et le divorce a été plus opiniâtre encore, et la victoire, bien longtemps incertaine, s'est fait longtemps attendre. Déjà nous avons vu que les pouvoirs spirituel et séculier avaient été souvent forcés, dans les premiers siècles du christianisme, de composer avec le concubinat; il en était encore ainsi dans l'empire franc, même du temps des Carlovingiens[2].

Quant au divorce, les peines pécuniaires et les pertes d'avantages matrimoniaux que nous y

tuimus, ut nulli christiano liceat de propria consanguinitate uxorem accipere usquedum generatio recordatur, recognoscitur aut memoria retinetur. »

[1] *Capitul.*, l. V, c. cx : « Nuptias prohibemus incestas, id est usque adfinitatis lineam ; vel quandiu inter se hæreditare potuerint, non conjungantur, quæ hæc potius incestiva quam conjugia sunt judicanda. »

[2] Nous avons cité au chap. III, § 1, p. 68, un canon du concile de Tolède en Espagne, de 589, pour démontrer comment l'Église était obligée en quelque sorte de composer avec le concubinat. Une décision littéralement identique avait été prise au concile de Mayence, en 815, ch. XV. (Pertz, *Monum. German. histor.*, t. III, 415.)

voyons attachées par les lois barbares, trahissent évidemment l'influence du clergé. L'Eglise, sous l'époque franque, alla plus loin, et lança les foudres de l'excommunication contre le mari qui répudiait sa femme sans motif légitime[1]; mais malgré conciles et capitulaires, la doctrine absolue de l'Eglise sur la perpétuité et l'indissolubilité du lien conjugal ne put s'établir définitivement que depuis les conciles de Latran et de Trente. Dès lors, l'Eglise devint l'unique autorité en matière de mariage, et ses prescriptions furent plus tard confirmées par les ordonnances des rois de France.

L'amélioration de la position de la femme, non-seulement en sa qualité d'épouse et de veuve, mais encore comme membre de sa propre famille, comme héritière, est également due, en grande partie, à l'influence du christianisme. L'idée de l'égalité dans la famille, avant de devenir le drapeau de 1789, avait été proclamée et favorisée par l'Évangile. L'infériorité des femmes, trait caractéristique commun à la famille asiatique, à la famille guerrière des peuplades germaines, et à la famille aristocratique de la France féodale, trouve un adoucissement dans les efforts

[1] *Capitul.*, l. VIII, c. CCCV. *Pippini reg. Capit. Vermer.*, ann. 753, c. II, V, IX et X.

incessants de l'Eglise, qui prêchait l'égalité des hommes sans distinction de sexe. C'est par cette doctrine que furent inspirées ces formules de testament si connues, recueillies au septième siècle, et dans lesquelles l'amour paternel proteste contre la coutume ancienne et impie qui exclut les filles de la succession et de la terre paternelle : « *Tous les enfants ayant été également donnés par le Seigneur*[1]. » C'est le même esprit qui dicta

[1] *Marculf. Formul.*, lib. II, form. 12 : « Dulcissima filia mea illa, ego ille. Diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, *sicut mihi æqualiter a Deo donati estis filii*, ita et a me sitis æqualiter diligendi et de re mea post meum discessum æqualiter gratuletis. Ideo per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos, filios meos illos, in omni hæreditate mea æqualem et legitimam esse constituo hæredem, ut tam de alode paterna quam de comparatum vel mancipia aut præsidium nostrum vel quodcumque moriens reliquero, æqua lance cum filiis meis, germanis tuis, dividere vel exæquare debeas. » — Autre formule dans D. Bouquet, t. IV, p. 519 : « Dulcissimæ atque in omnibus amantissimæ filiæ meæ illi, ego vir magnificus ille. Omnibus non habetur incognitum, quod sicut lex salica continet de rebus meis quod mihi ex alode parentum meorum obvenit, apud germanos tuos, filios meos, minime in hæreditate succedere poteras. Propterea mihi præpatuit plenissima et integra voluntas, ut hanc epistolam hæreditariam in te fieri et affirmare rogarem, ut si mihi in hoc seculo superstes apparueris, in omnes res meas, tam quod ex alode parentum meorum quam quod ex meo contractu mihi ob-

à Chilpéric et à Childebert des lois favorables aux droits successoraux des femmes et de leurs descendants[1].

C'est encore l'Eglise qui a répandu, dans toute la France, l'usage du testament. On peut même dire hardiment qu'elle n'a fait, pour aucune institution, plus d'efforts que pour généraliser les dispositions de dernière volonté chez les nations germaniques, car le clergé travaillait ici dans un intérêt personnel. Les premiers testaments, permis dans les lois des cinquième et sixième siècles, sont ceux faits en faveur de l'Eglise[2]. Aux individus qui mouraient sans lui avoir fait des legs ou des dons, le clergé refusait les sacrements, l'absolution et même la sépulture; témoin l'arrêt du Parlement, du 19 mars 1409, qui fit défense à l'évêque d'Amiens de refuser la sépulture aux décédés *ab intestat*. L'Eglise alla même encore plus loin, en faisant faire aux héritiers, au nom du défunt, des testaments ampliatifs, par lesquels les omissions en faveur de l'Eglise étaient largement réparées. Les clercs

venit..... quantumcumque de meo proprio moriens dereliquero, in omnium rerum mearum hæreditate apud germanos tuos, filios meos, succedas, et æquallentia inter vos exinde dividere vel exæquare faciatis. »

[1] Pertz, *Monum. German. histor.*, vol. II, p. 10.

[2] *Lex Bajuv.*, t. I, 1, et t. XIV, 9. *Lex Allem.*, t. I-II.

n'hésitaient pas non plus à abuser de la crédulité publique, pour enrichir l'Eglise. Tantôt c'était pour racheter des fautes, tantôt afin de recouvrer la santé, que les moribonds étaient exhortés à disposer en faveur de l'Eglise. Il n'y a pas jusqu'à la terreur de la fin prochaine du monde, que les clercs n'exploitassent dans ce sens[1]. Ce fut la cause primordiale de l'excessive richesse de l'Eglise et du clergé[2].

S'il était possible de caractériser l'influence des trois grands éléments de la société nouvelle qui se fonda sur les débris de l'ancien monde, nous dirions que l'idée du droit et l'esprit de légalité ont été légués par le vieux monde romain; que l'Eglise a donné à la civilisation nouvelle l'esprit de moralité, de fraternité et d'égalité; et que la race germanique lui a imprimé cet esprit de liberté et d'indépendance individuelle, qui rend chaque homme maître de lui-même et de ses actions, en le délivrant de la tyrannie de l'Etat et l'Eglise, et en dégageant la liberté individuelle, à la fois, du pouvoir politique et du

[1] D. Lobineau, *Histoire de Bretagne*, Preuves, p. 64 et 114, rapporte plusieurs actes de donation commençant par ces mots : « Mundi termino appropinquante », « Intonante jam per universum mundum evangelica tuba. »

[2] Childebert s'en plaint amèrement dans Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, VI, 46.

pouvoir spirituel. Ce caractère indélébile de la civilisation moderne, qui la distingue de toutes les civilisations antérieures, de celles où l'individu est sacrifié à l'Etat, comme de celles où l'homme appartenait à Dieu, ou plutôt à ceux qui se disaient ses ministres, a été empreint au monde moderne par l'élément germanique.

Depuis, la civilisation européenne a sans cesse tendu à cette double émancipation. Aujourd'hui nous avons l'étrange spectacle d'un grand nombre de peuples luttant pour la conquête de ces libertés, tandis qu'en France une doctrine célèbre cherche à ramener l'individu sous la domination de l'Etat, en qualifiant d'*individualisme* ce que la philosophie séculaire du genre humain avait, jusqu'à présent, considéré comme *la liberté*.

CHAPITRE VI.

DES DIVERSES ORGANISATIONS DE LA FAMILLE DANS LA FRANCE FÉODALE ET COUTUMIÈRE.

Jusqu'à présent, il a été question de colonies grecques, de Celtes, de Romains, de Germains, mais point de Français ; c'est que l'histoire de la France et des Français ne commence guère que vers la fin du dixième siècle, et coïncide à peu près avec l'avénement de la dynastie capétienne. Il a fallu des siècles pour fondre les races différentes en un semblant de corps de nation, car les conséquences de la conquête romaine et de l'établissement territorial des Germains, dans les Gaules, ont été très-différentes.

L'action absorbante de la domination romaine était venue facilement à bout d'annihiler la civilisation celte ; une foule de causes générales et particulières y concoururent [1], de sorte que

[1] Voy. plus haut, chap. 1er, p. 18 et suiv.

vers les derniers siècles de l'empire d'Occident, la Gaule était devenue une province romaine, régie par les lois et vivant de la civilisation de Rome.

Tout autre a été le résultat de l'établissement des nations germaniques sur le sol de cette province de l'empire. Tandis que les nouveaux conquérants continuaient à suivre leurs coutumes nationales, qu'ils rédigèrent par écrit, en les modifiant selon les nouveaux besoins et les rapports récemment créés par leurs établissements, les anciens sujets de l'empire, les Gallo-Romains, continuaient, de leur côté, à vivre selon le droit romain. Le système de la personnalité des lois, qui consistait en ce que chaque individu vivait selon la loi de sa nation, nonobstant le territoire où il résidait, a de ce jour été importé en France, et y a régné pendant plusieurs siècles. Les lois barbares, les formulaires, les recueils de lois romaines, rédigés pendant cette période, et même les Capitulaires, qui étaient cependant un premier essai de législation territoriale, portent à chaque page la preuve de ce système de la personnalité des lois. Dans la pratique, il devait en sortir de grandes difficultés : ainsi Agobard, archevêque de Lyon, se plaint, dans un de ses écrits[1], que de son temps (779-840), il se trou-

[1] Dans son *Liber adversus legem Gundobadi*, c. IV.

vait souvent cinq personnes réunies sous le même toit et vivant sous l'empire de cinq lois différentes. C'est donc à tort, qu'arguant de l'édit de Pistes [1], on a affirmé que, dès la seconde moitié du neuvième siècle, la France était partagée géographiquement par les lois romaines et barbares. Les Germains dans le Midi, comme les Gallo-Romains dans le Nord, vivaient selon la loi de leur nation; et il est certain que pendant tout le neuvième siècle, et cela dans le midi de la France, on prenait la nationalité des parties en considération dans le choix des rachimbourgs [2].

L'élément romain et l'élément germanique se trouvèrent ainsi longtemps à côté l'un de l'autre sans se confondre. Ce n'est que par le travail continu des siècles, et avec l'aide puissante de l'Eglise, que s'opéra ce long et pénible travail de fusion, qui enfanta la France et donna naissance à une nouvelle nation, à une nouvelle langue, à une nouvelle législation.

Cette différence remarquable entre les effets de la conquête romaine et de l'invasion germanique trouve son explication naturelle dans l'état comparé de civilisation auquel étaient arrivés

[1] *Caroli II edictum Pistense*, a. 864, c. XIII (Pertz, t. III, p. 491).

[2] Voy. les documents dans D. Vaissette, *Hist. de Languedoc*, t. II, p. 56, 69 et 119.

les conquérants et les conquis, à ces deux époques. Si les guerres, les invasions, les conquêtes ont un but, et elles l'ont assurément dans les décisions de la Providence, c'est de faire profiter un peuple moins policé des avantages de la civilisation plus élevée d'une autre nation. Or, ce n'est pas toujours le peuple supérieur en lumières qui est vainqueur; quelquefois la Providence, dans ses impénétrables desseins, donne la victoire à la nation moins policée. Le premier fait a eu lieu quand Rome fit une province de l'ancienne Gaule; le second, quand l'ancienne province romaine devint le patrimoine des Barbares venus du nord et du centre de l'Europe. Par conséquent, la civilisation romaine, qui avait atteint son apogée pendant qu'elle dominait dans les Gaules, devait complétement absorber la civilisation celte, arrivée depuis longtemps à un état de décrépitude. C'est par la même règle des destinées humaines, que les Germains, loin d'effacer la civilisation romaine, cherchaient au contraire à se l'approprier. Quant à leurs lois, elles venaient d'être fixées par écrit, et répondaient à peine aux premières ébauches de la société civile; comment les conquérants barbares auraient-ils pu en donner à leurs nouveaux sujets, leurs supérieurs en lumières, en expérience, en civilisation?

C'est vers le onzième siècle seulement que le travail de fusion commence à porter des fruits. Alors le Droit commence à prendre un caractère national; non qu'il ne participe encore des vieux éléments, mais, sans être exclusivement germanique, romain ou canonique, le Droit commence à se faire français. Cependant ces nouvelles lois, sorties du creuset des siècles, n'avaient point admis les divers éléments dont elles étaient composées, à dose égale, dans toute l'étendue de la France. Les mœurs et les lois romaines, plus enracinées dans le Midi, entraient en plus grande quantité dans la composition des Coutumes et des Statuts locaux de cette partie du pays; tandis que l'élément germanique était plus dominant dans les Coutumes du Nord, théâtre de la première invasion, et où les conquérants germains s'étaient établis en plus grand nombre.

On s'est trop contenté de dire que le droit romain a été la loi du Midi, sans se préoccuper des transformations que ce droit avait subies dans l'usage, et par l'infiltration de l'élément barbare; aussi, presque chaque province du pays de droit écrit avait sa propre Coutume. D'ailleurs, les Coutumes particulières de Barége, du pays de Lavédan, celles de Bigorre, les Fors du Béarn [1],

[1] Voir, sur ces anciennes Coutumes, mon article dans

celles de Provence, les Statuts d'Arles, d'Alby, d'Apt, de Montpellier, et de Carcassonne [1], tous antérieurs à la rédaction officielle des Coutumes, ont mis ce fait important hors de contestation. Aussi Philippe-le-Bel l'avait dit, dans son Ordonnance de 1302 : « Tout le royaume est régi par la Coutume, et c'est comme Coutume que quelques-uns de nos sujets se servent du droit écrit. » C'est ainsi que Bouhier a pu dire avec infiniment de raison, « qu'il n'y a aucune province en ce royaume, même parmi celles qui respectent le plus le droit romain, qui ne soit coutumière à quelques égards. » De même que les pays de droit écrit avaient leurs Coutumes, de même les pays coutumiers étaient loin d'exclure le droit romain, comme *loi supplétive* [2]. C'est à ces termes raisonnables qu'il faut réduire cette division en pays de droit écrit et pays de Coutume, qui, acceptée dans un sens exagéré, a fait croire que le droit germanique et le droit romain ont eu chacun leur royaume séparé dans l'ancienne France.

Un fait social d'une grande importance, qui a

la *Revue de législation*, août-septembre 1842, page 177.

[1] Voy. ces textes publiés parmi les pièces justificatives jointes à l'*Histoire du droit français au moyen âge*, de M. Giraud, I, p. 47-104, II, p. 1-246.

[2] Voy. l'Ordonnance de Philippe le Bel que nous venons de citer.

échappé longtemps à l'observation des historiens, c'est la prépondérance que les campagnes ont acquise sur les villes, après l'établissement des peuplades germaniques dans les Gaules. Or, c'est dans les campagnes où vivaient dispersés les chefs de bande germains, que dominait l'élément germanique, tandis que l'élément romain avait conservé sa prépondérance dans les villes.

Dans les mêmes campagnes, cependant, vivaient deux races distinctes, la race conquérante et la race conquise : les chefs germains, et cette classe nombreuse de travailleurs agricoles, espèce de colons, mi-libres, mi-serfs, qui formaient la couche inférieure de la race celte, comme celle de la race Germaine, et qui avait occupé une grande place dans l'empire romain pendant les derniers siècles de son existence. Ces deux éléments distincts deviennent les bases constitutives de l'époque féodale et coutumière; le suzerain et le vassal, le château et le village, la famille féodale et la famille roturière, différemment organisées, découlent de ce grand fait de la conquête.

Qu'on nous permette ici une observation. En généralisant, ce que nous sommes bien forcés de faire dans une foule de questions importantes, qui touchent indirectement au sujet principal de

notre travail, on court souvent risque d'être mal compris. Aussi déclarons-nous d'avance que nos paroles ne doivent pas être interprétées en ce sens, que la noblesse féodale de France se soit formée uniquement de la race conquérante, et que les Gallo-Romains aient exclusivement composé la roture et les classes serviles. Ce système, que M. de Boulainvilliers a défendu dans ses ouvrages, n'est pas le nôtre, car nous sommes de ceux qui croient que les familles sénatoriales gallo-romaines se sont mêlées à la noblesse franque, de même que bon nombre de familles issues des conquérants germains sont descendues dans les classes roturières et serviles.

L'époque féodale et coutumière, dans la distribution de ce livre, est prise dans son acception la plus large. Elle embrasse la période de la formation du régime féodal, antérieure au dixième siècle, comme celle de sa décadence, qui commença vers le quatorzième, quand la royauté et les communes dans l'ordre politique, les légistes et les praticiens dans l'ordre civil, se donnèrent la main pour saper ce régime, qui avait atteint son apogée du dixième au douzième siècle. L'époque féodale et coutumière ne finit pour nous que lorsque les dernières traces de la féodalité ont disparu sous le coup des idées philosophiques incarnées dans la Révolution de 1789,

et quand les Coutumes provinciales et locales ont cédé la place à une législation générale et uniforme pour toute la France. Nous avons, par conséquent, exposé dans ce chapitre l'organisation de la famille, telle qu'elle ressort de l'ensemble des Coutumes et des Ordonnances royales.

Quelle que soit la manière dont les bandes germaines, qui envahirent les Gaules, se sont approprié une partie du sol, il est certain que de vastes territoires échurent aux soldats vainqueurs. Ces domaines, concédés par les chefs de bande, et plus tard par les rois des deux premières races, à la charge du service militaire et de la reconnaissance de la suzeraineté, furent l'origine de la tenure féodale. La terre était devenue la principale monnaie, et les bénéfices ou fiefs remplacèrent, après l'établissement des peuples germaniques dans les provinces romaines, les dons et récompenses que les chefs de bande avaient donnés autrefois à leurs compagnons, en armes, chevaux, ou autres objets de valeur.

D'un autre côté, beaucoup de terres libres, beaucoup d'alleux furent convertis en fiefs; ce qui contribuait grandement à faire de la tenure féodale la condition presque générale de la propriété du sol. Cette transformation se faisait ou

volontairement, par la *recommandation*, ou bien violemment ou subrepticement, par l'usurpation des seigneurs puissants. C'est ainsi que naquit la maxime : « *Nulle terre sans seigneur* », qui fut en vigueur dans la plus grande partie de la France.

Il ne peut entrer dans notre cadre, déjà trop vaste, d'exposer toutes les formes diverses de la tenure féodale, parmi lesquelles le précaire, la censive, le bénéfice viager, le fief héréditaire, ne sont que les plus importantes; ni de discuter si les fiefs ont d'abord été révocables, puis viagers, pour devenir enfin héréditaires. En général, les faits historiques se prêtent peu à cette transformation si régulière en théorie. A notre avis, les possesseurs des fiefs ont nécessairement suivi la même voie que suivent instinctivement tous les possesseurs du sol, à quelque titre que ce soit : ils ont cherché par tous les moyens à conquérir la possession continue, et par conséquent l'hérédité des terres qu'ils cultivaient ou qu'ils faisaient cultiver par d'autres. Aussi l'hérédité des fiefs était depuis longtemps passée dans la pratique, quand Charles le Chauve s'avisa de la reconnaître officiellement [1].

[1] *Caroli II Convent. Caris.*, a. 807 (Pertz, *Monum. Germ. histor.*, t. III, p. 537). *Capitul. Caroli II*, a. 877 (Pertz, t. III, p. 542).

Enfin cette tenure féodale de la terre, qui s'écartait autant du *dominium* romain que de la propriété allodiale, fut appliquée par analogie à la propriété mobilière [1], à la concession de toute espèce de dignités, d'emplois, de priviléges [2], à l'organisation de l'industrie même [3], et, de cette manière, ce qu'on est convenu d'appeler le système féodal enserrait la société entière, politique, civile et industrielle.

Le caractère général du système féodal a été le fractionnement, et en ce sens il a été le contre-pied des idées d'unité du monde romain, et de notre civilisation basée sur les idées philosophiques du dernier siècle. Cette multitude de petites sociétés isolées et incohérentes apparut aux contemporains comme l'anarchie universelle, comme la dissolution de la société humaine. Et cependant c'était une société nouvelle, réelle qui commençait; non-seulement la tenure de la terre, mais l'Eglise, la royauté, les communes prirent la forme féodale, c'est-à-dire, le fraction-

[1] Des serfs, de l'argent même pouvaient être donnés en fief.

[2] « Omnia in feudum concedebantur, grueria, teloneum, pedagium, rotagium, apum examina, imo, siquidem fides, ipse quo vivimus aër..... » Ducange, v° *Feud.*

[3] Ce fait vient d'être parfaitement expliqué par M. Louandre, *Du travail et des classes laborieuses dans l'ancienne France* (*Revue des Deux-Mondes*, livr. du 1er décembre 1850).

nement et la superposition des suzerainetés, pour base. Au fond, c'est plutôt la forme féodale que le système féodal qui a empreint son caractère aux siècles passés de notre histoire. M. Guizot a parfaitement entrèvu cette vérité, quand il a dit : « Après avoir constaté l'*universalité de la forme féodale ;* il faut bien se garder d'en conclure l'*universalité du principe féodal,* et d'étudier indifféremment la féodalité partout où on rencontre sa physionomie [1]. »

Mais la féodalité a-t-elle réellement été, comme le disait Montesquieu [2], « un événement arrivé une fois dans le monde et qui n'arrivera peut-être jamais ? »

Non certes. Quiconque aime à retrouver à chaque institution humaine la place qu'elle a occupée dans le développement de la civilisation universelle, et à indiquer l'endroit où le chaînon fait partie de la grande chaîne du genre humain, ne peut se contenter de ce caractère extraordinaire, que Montesquieu et la plus grande partie des écrivains ont assigné à la féodalité, en l'envisageant comme un fait unique dans l'histoire de l'humanité, sans racines comme sans analogues dans le passé. D'une part, il est certain, aujour-

[1] *Histoire de la civilisation en Europe,* 9e édition, 4e leçon, p. 96.

[2] *Esprit des lois,* l. XXX, ch. I.

d'hui, que le système féodal a pris sa source et son origine dans les institutions publiques et domestiques que les Germains ont apportées de l'autre rive du Rhin et du Danube, doctrine aussi nouvelle que vraie, et prouvée d'une manière simple et irréfutable par notre savant Lehuérou [1]. D'autre part, il est hors de doute que cette espèce de tenure de la terre, cette dislocation de la propriété en deux parts, en deux degrés, n'a pas été une institution exclusivement propre à la race germaine, mais que de semblables institutions, des tenures analogues de la propriété territoriale, ont été en usage chez les Orientaux [2], parmi la race Celte [3], et même chez les Romains [4].

Le caractère exclusivement propre au régime

[1] *De la famille et de la propriété germaniques. Origines féodales* (*Revue Bretonne*, juin, 1842).

[2] Voltaire, sur Montesquieu, *Esp. d. Lois*, livre XXX, ch. I.

[3] Les *ambacti* et les *soldurii* de la Gaule étaient des vassaux militaires, attachés à un chef de tribu par des liens de foi réciproque. Voy. de Courson, *Essai sur l'histoire, la langue et les institutions des Bretons armoricains*, p. 11; et dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, octobre 1843, p. 463-481.

[4] Les Barbares à qui on avait concédé, vers la fin de l'Empire, des terres sur la frontière, à charge de la défendre contre les peuplades ennemies, n'étaient-ils point, vis-à-vis de l'Empire, de véritables vassaux soumis au service militaire?

féodal, né de la conquête des bandes germaines, et qui distingue cette tenure de la terre des formes de possession similaires chez les autres races, a été la fusion de la souveraineté et de la propriété. A l'époque où la féodalité existe dans toute sa virilité, le seigneur féodal est un propriétaire investi de tous les droits et priviléges de la souveraineté. C'est lui qui a le pouvoir législatif; c'est lui qui impose, qui taille à volonté ses vassaux ; c'est lui qui exerce la haute et basse justice ; c'est lui qui a le droit de punir et de faire grâce. « Le seigneur, dit la Formule, enferme les manants sous portes et gonds, du ciel à la terre.... Il est seigneur dans tout le ressort, sur tête et cou, vent et prairie ; tout est à lui, forêt chenue, oiseau dans l'air, poisson dans l'eau, bête au buisson, cloche qui roule, onde qui coule.... »

Mais cette souveraineté n'existe que dans les limites de sa propriété, de son fief; le roi de France lui-même, à cette époque, ne peut commander hors de ses domaines ; il n'est lui-même qu'un seigneur féodal, parmi les autres. Il a fallu Louis XI et Richelieu pour élever le pouvoir des rois, d'une manière définitive et incontestable, au-dessus du niveau féodal.

Ce caractère saillant du régime féodal, la fusion de la souveraineté et de la propriété, était

une nécessité de l'époque, époque de décadence et d'anéantissement des grands pouvoirs publics. La souveraineté politique s'était morcelée comme la propriété. Ce fait ne se rencontre nulle part ailleurs dans la civilisation humaine.

Le régime féodal a influé d'une manière sensible sur les différentes classes de la population, et a donné lieu à des organisations diverses de la famille. Ce n'est plus, comme au temps des Gaulois, la nation partagée en trois ordres, les druides, les chevaliers et la plèbe, rappelant l'organisation asiatique des castes ; ce n'est plus, comme sous les monarques francs des deux premières dynasties, la race ou la nationalité qui partage les habitants en autant de fractions ; dorénavant, un autre principe règle la hiérarchie sociale. C'est la tenure de la terre qui distingue les classes de la population ; c'est le rang de la propriété qui classe le détenteur dans la hiérarchie de la société : « L'homme possède moins la terre qu'il n'en est possédé[1]. »

Le suzerain féodal, le conquérant barbare d'hier, le seigneur noble de demain, forment une classe à part dans le pays. Au-dessous d'eux se trouvent le vassal, le censier, le colon, le vilain, le serf, dont la tenure du sol qu'ils

[1] Michelet, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*. Introd., p. XXXVII.

cultivent indique le degré qu'ils occupent dans l'organisation publique, et modifie les droits privés; car, dans cette période de la féodalité, la constitution de la famille même subit l'influence de la distribution, de la tenure et de la transmission du sol. A côté de toutes ces distinctions, il y a encore, surtout dans la France méridionale, quelques propriétaires allodiaux, qui ont pu préserver la pleine et entière propriété de leurs alleux. Enfin, les communes et les villes forment peu à peu cette classe roturière, bourgeoise qui, grandissant par son industrie, son commerce et ses richesses, a servi d'abord d'auxiliaire à la royauté pour abattre la féodalité, et qui, au dix-neuvième siècle, se trouve assez puissante pour fonder son propre empire sur les débris des deux institutions.

C'est dans la classe des seigneurs féodaux, que l'esprit de famille germanique se perpétua mieux que dans toutes les autres. Descendant, pour une grande part, de la race conquérante, la religion des traditions de famille y eût suffi, si avec son esprit exclusif et concentrateur, l'aristocratie féodale, qui devint plus tard l'aristocratie nobiliaire, n'eût trouvé en outre dans ces Coutumes, tout empreintes de l'esprit de famille, un puissant auxiliaire pour la grandeur et la perpétuité de ses races. Aussi, quand le but principal de la loi

féodale, le service militaire, eut été aboli, quand la loi civile commença à incliner de plus en plus vers le principe de l'égalité dans la famille ; les nobles, pour conserver les grandes propriétés, et, par là, la splendeur de leurs maisons, conservèrent toutes les anciennes inégalités, telles que le droit d'aînesse, la préférence des mâles, l'exclusion absolue des femmes, par le moyen des pactes de famille. Les substitutions et les majorats, que notre Code civil avait conservés, sont les faibles restes de cette ancienne faculté, qu'avaient les grandes familles de la monarchie, d'établir la loi héréditaire de leur maison.

Dans l'organisation des familles roturières et bourgeoises, les Coutumes germaniques forment également le fond, mais l'influence des principes du droit romain et du clergé y est plus manifestement visible. L'égalité entre les membres de la famille y pénètre plus avant ; les deux sexes y sont sur un pied plus égal; la richesse mobilière y prend une place notable à côté de la propriété du sol. C'est la portion la plus importante, la plus saine, la plus vivace de la population. Elle comprend tout ce qui n'est pas de race féodale ni de condition servile : les propriétaires allodiaux, les hommes libres et détenteurs de fiefs, les roturiers de la campagne et les roturiers des villes. C'est de cette classe que s'occupe la législation coutumière

par excellence, et leurs Coutumes deviennent le fond principal du droit national. Mais au quinzième et au seizième siècle, la haute bourgeoisie des villes se sépare du reste de la roture, et devient comme une espèce de noblesse au petit pied. Droit d'aînesse, vol du chapon, exclusion des filles, priviléges de masculinité, sont adoptés et pratiqués par cette nouvelle classe, qui cherche, en même temps, par des mariages, à se confondre avec l'ancienne noblesse. Ce spectacle nous est offert encore de nos jours par la haute bourgeoisie en Angleterre.

Il nous reste à parler de la famille des classes serviles, du vilain et du serf : le *colonus* et le *mancipium* des lois barbares et des autres monuments latins du moyen âge. Il serait impossible de parler de l'organisation de la famille du serf ou mainmortable[1]. Réduit à la qualité de meuble attenant au sol qu'il cultivait, le serf pouvait être donné, vendu, échangé. Ne pouvant rien acquérir pour lui-même, rien posséder en propriété, rien laisser aux siens, ni disposer d'aucune chose en faveur d'autrui, il dépendait en-

[1] On distinguait encore la mainmorte en deux espèces, la personnelle et la réelle, celle de corps et celle d'héritage. La première, indépendante du fonds, était inhérente à la personne; la seconde, au contraire, indépendante de la personne, était inhérente au fonds.

tièrement, pour sa personne, sa famille et ses biens, de l'arbitraire du maître de ce sol qu'il arrosait de ses sueurs [1]. Nulle loi, nulle charte, nulle Coutume ne s'occupait de lui, et le *Miroir de justice*, coutumier anglo-normand du treizième siècle, en donne naïvement la raison en ces termes : « Car de serfs ne fait-elle mention, puisqu'ils n'ont rien en propre à perdre. » Hâtons-nous néanmoins de dire que, dans la pratique, le sort des serfs s'améliorait sensiblement [2], et que leurs droits, vis-à-vis des tiers, furent reconnus et fixés bien avant leurs rapports avec les seigneurs. Dès la rédaction des Coutumes en France, cependant, l'état des classes serviles fut soustrait à l'arbitraire des seigneurs et réglé par la loi.

Tout autre était la condition du colon ou vilain et de sa famille. Homme libre de sa personne, mais assujetti à des charges serviles quant à la terre qu'il cultivait, possédant ce sol en vertu d'un titre contractuel qui liait le maître du sol aussi bien que lui-même, il avait des droits et des devoirs fixes et déterminés. Cependant, comme

[1] « Par nostre usage n'a-il, entre toi et ton vilain, juge fors Deu. » Beaumanoir, *Cout. de Beauvois.*, ch. XLV, 31.

[2] Témoin ce moine qui compare la condition des serfs du neuvième et du onzième siècle, chez Guérard, *Cartulaire de S. Père de Chartres*, p. 14.

c'était la concession, le contrat, qui seul faisait loi, la personne, la famille et les biens de ces pauvres vilains dépendaient complétement de ses clauses. La famille du colon n'avait aucune organisation propre, et elle était entièrement subordonnée à l'intérêt du seigneur. Il suffisait du caprice du maître du sol pour renverser l'ordre naturel des successions; car comment expliquer autrement ces diplômes, où il était stipulé que la femme succéderait à l'exclusion des enfants, la fille à l'exclusion du fils [1]? L'organisation de la famille du vilain n'avait donc non plus rien de fixe, et variait avec le manoir qu'il habitait, car la condition civile de ces colons, qui cultivaient la terre, était réglée par la concession de la tenure, et les conditions de cette tenure étaient tellement variées par le caprice du seigneur ou par les stipulations des parties, qu'elle approchait tantôt de la détention précaire du serf, tantôt de la propriété franche du censier. Nous dirons plus : dans tel endroit la position du vilain ne valait pas la condition du serf dans une autre contrée. Ceci explique l'immense variété et la confusion de l'état des personnes.

Après ces données générales, nous allons

[1] Voy. des exemples dans : Neugart, *Diplom.* 149 et 244. Zeus, *Diplom.* 128.

aborder le vif de la question, et voir quelle a été l'organisation de la famille, d'après les Coutumes de France, qui se sont formées de tous les éléments que nous avons vus s'établir sur le sol de notre patrie. Ce travail a absorbé les quatre siècles qui suivirent celui de Charlemagne. Quoique ayant pris naissance plus tôt (car en droit, comme en toute chose, ce qui apparaît aux yeux a déjà vécu auparavant), ce n'est qu'au douzième siècle que le droit coutumier apparaît dans les *Assises de Jérusalem* et dans les *Coutumes de l'empire latin* fondé en 1204 sur les ruines de l'empire grec. Ces essais de codification, faits par des colonies françaises sur les rives du Jourdain et du Bosphore, avaient eu le même mobile que celui qui avait poussé, aux cinquième et sixième siècles, les nations germaniques à codifier leurs usages : c'était la crainte de voir oubliés ou altérés par le contact des peuples étrangers, le droit national, la coutume des aïeux. En France, où l'usage vivait dans la mémoire de tous, ce n'est que dans la dernière moitié du treizième siècle, que les premiers travaux sur le droit national se font jour. Le *Conseil à un amy* par Pierre de Fontaines; le livre de Philippe de Beaumanoir sur les *Coutumes et usages de Beauvoisis;* les *Etablissements de saint Louis,* également une œuvre privée, conte-

nant les Coutumes de Paris, d'Orléans et d'Anjou, furent les premiers de ces Coutumiers, qui nous ont conservé le droit français du treizième siècle; recueils privés, n'émanant d'aucune autorité souveraine, et dénués de tout caractère obligatoire, car la rédaction officielle des Coutumes de France n'a commencé que dans la dernière moitié du quinzième siècle.

C'est dans ce droit coutumier, auquel vinrent se joindre plus tard les Ordonnances des rois de France, qui n'étaient en réalité que la continuation des Capitulaires des rois francs, qu'il faut rechercher maintenant les règles constitutives de la famille. Nous suivrons encore le même ordre que dans les chapitres précédents, tout en ayant soin de relever les différences que la distinction des classes a dû laisser dans l'organisation de la famille.

§ 1.

Mariage. Autorité maritale. Régime des biens entre époux.

L'Eglise avait changé radicalement le caractère du mariage : d'un contrat elle avait fait un sacrement; elle avait enfin réussi à déraciner le concubinat, à supprimer le divorce, et à établir la perpétuité du lien conjugal. A partir du douzième siécle, l'Eglise règne en souveraine et décide

toutes les questions de mariage. Les Ordonnances des rois de France ne font guère que confirmer les prescriptions de l'Église, et ce n'est qu'à la révolution de 1789 que le mariage rentre dans le domaine du droit civil.

Pour prévenir l'usage des unions clandestines, la publicité du mariage fut requise. Le concile de Latran (1215) avait déjà prescrit l'usage de la publication des bans; le concile de Trente, tenu de 1545 à 1563, avait établi que le mariage devait être célébré en présence du curé et de deux ou trois témoins. Mais ces prescriptions rigoureuses ne furent point suivies en France avant qu'elles fussent sanctionnées par l'Ordonnance de Blois de 1579 [1]. Encore cette Ordonnance, qui naquit au milieu des guerres de religion, et avait été le produit de la réaction catholique, éprouva beaucoup d'opposition de la part des Parlements. Les protestants revendiquèrent alors le mariage civil, et ils l'obtinrent par l'Édit de Nantes (1598). Henri IV laissa aux *religionnaires* (c'est ainsi qu'on appelait les protes-

[1] Art. 40 : « Les sujets du roi, de quelque condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage sans publication de bans ; quatre témoins y assisteront, il en sera fait registre ; le tout sous les peines portées par les conciles. Les curés et vicaires devront s'enquérir de l'état des enfants et exiger le rapport du consentement des père et mère, sous peine de rapt. »

tants) la législation sur les mariages, telle qu'elle avait été avant l'Ordonnance de Blois; il leur imposa seulement les prohibitions pour cause de parenté, établies par l'Eglise catholique. Richelieu, vainqueur après la prise de la Rochelle (1628), rendit l'Edit de Nîmes (1629), et confirma l'état civil des protestants. Mais ce que la tolérance de Henri et la sage politique du cardinal avaient édifié, le sombre fanatisme de Louis XIV, inspiré par Letellier, l'abattit. La révocation de l'Edit de Nantes, et la persécution des réformés, ont couvert la France de sang et de deuil, et lui ont coûté des milliers de ses meilleures et de ses plus laborieuses familles.

Quant à l'administration et au régime des biens, l'autorité maritale qui s'établit dans la France coutumière fut celle de la famille germanique. Nos Coutumes consacraient ces deux règles : « Le mari est bail de sa femme [1], » et « De coutume, la femme est en la puissance de son mari, autrement est de droit écrit [2]. » Ce n'est donc pas dans la *manus* romaine, mais dans le *mundium* germanique qu'il faut chercher les principes de l'autorité maritale en France. Quoique le caractère de la garde germanique se fût adouci, la femme mariée restait néanmoins

[1] Loysel, *Instit. coutum.*, I, 4, 3.
[2] Jehan Desmares, *Décision* 35.

sous la tutelle, sous la baillie de son mari. C'est lui qui demeurait seul chargé de la gestion et de l'administration des biens des deux époux ; c'est lui qui relevait les fiefs appartenant à sa femme, et en faisait le service ; c'est lui qui représentait sa femme en justice. Depuis les *Assises de Jérusalem*[1] et les *Etablissements de saint Louis*[2], jusque dans les dernières Coutumes réformées, ces règles ont été constamment suivies. Les auteurs du Code civil même les ont confirmées et adoptées comme base en cette matière[3]; ils ont également suivi les saines règles de l'autorité maritale, en laissant la femme mariée libre de tester[4], car le testament, ne produisant effet qu'à une époque où le mariage est dissous et où la garde du mari a cessé, ne peut léser en rien cette autorité. Un petit nombre de Coutumes[5] avaient exagéré les conséquences du pouvoir marital, en soumettant le testament de la femme à l'autorisation du mari, ce qui équivalait, à peu près, à une incapacité de tester.

[1] *Cour des bourgeois*, ch. CXVI. Voir aussi le ch. XXXVI du *Plédéant*.
[2] L. I, ch. CXLVII.
[3] Art. 215, 222, 1421, 1426 et suiv.
[4] Art. 227, C. c.
[5] *Normandie*, a. 417. *Bar*, a. 108. *Artois*, a. 86. *Bourgogne*, tit. IV, a. 1. *Clermont en Argonne*, VIII, 7. *Nivernais*, ch. XXIII, a. 1.

Dans les pays de droit écrit, plusieurs de ces institutions d'origine germanique avaient pénétré ; le mari y était également bail de sa femme, et celle-ci ne pouvait valablement agir et ester en justice qu'avec l'autorisation de son époux [1], excepté pour l'administration et l'aliénation des biens paraphernaux[2].

Il en était de même, quant au régime des biens conjugaux, dans le midi de la France. Quoique le système dotal du droit romain y formât la base du régime matrimonial, les époux pouvaient stipuler la communauté de biens générale ou partielle, ou que leur association serait réglée par telle ou telle coutume ; celle de Paris fut appliquée très-fréquemment. Dans quelques pays, comme dans le Lyonnais, le Mâconnais, le Forez et le Beaujolais, la femme, contrairement aux prescriptions des lois romaines, pouvait s'obliger pour son mari, et aliéner à cette fin ses immeubles dotaux [3]. En d'autres localités, notamment dans les villes commerçantes, une espèce de communauté bâtarde s'établit, comme à Limoges, à Montpellier, à Toulouse.

Le douaire des pays coutumiers avait égale-

[1] *Cout. de Bayonne*, t. II, a. 39.

[2] Guy Pape, *Quest.* 468.

[3] Déclaration de 1664 (*Recueil d'éd. et d'ordonn. royaux, de Néron et Girard*, Paris, 1720, vol. II, p. 74).

ment pénétré dans les mœurs du Midi, sous d'autres noms et avec quelques modifications. Il eut d'abord les dénominations latines de *dotalitium*, *sponsalitium*, *donatio propter nuptias*, *agentiamentum;* de ce dernier terme lui vint le nom d'augment de dot, qu'il conserva plus tard dans les Coutumes et Statuts du Midi, et sous ce titre il restait à la veuve, même sans stipulation expresse. Il y avait cependant quelques traits distinctifs entre le douaire et l'augment de dot : celui-ci n'avait lieu que si la femme avait apporté une dot, tandis que l'existence du douaire, dans les Coutumes du Nord, était indépendante de toute dotation[1]; l'augment appartenait à la femme en toute propriété, tandis que le douaire n'était que viager dans une grande partie de la France coutumière. Mais ce qui a puissamment contribué à rapprocher les deux institutions, c'est que les actes publics se faisaient, durant le moyen âge, en langue latine, et que les termes de *dos* et de *donatio propter nuptias* étaient indifféremment employés pour désigner, dans le Nord, le douaire, dans le Midi, l'augment de dot. Du reste les Statuts des villes de l'Italie fournissent une nouvelle preuve de cette influence

[1] « Douaire coustumier ne laisse d'estre deu, ores que la feme n'ait rien apporté. » Loysel, *Instit. Coutum.*, I, 3, 17.

réciproque des éléments romain et germanique; la *donatio propter nuptias* romaine y avait pris, sous le nom de *antefactum*, *antefatto*, une allure qui la rapprochait du douaire. L'*antefatto* à Pise, comme l'augment à Toulouse et dans toute la circonscription du Parlement toulousain, était fixé à la moitié de la valeur de la dot. Dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais, ainsi que dans la principauté de Dombes, l'augment était de la moitié de la dot si elle consistait en valeurs mobilières, du tiers seulement si elle consistait en immeubles; dans la Bresse et le Bugey, les Statuts et Coutumes avaient établi de semblables dispositions. Quelques pays du Midi avaient encore l'usage de stipuler pour les veuves une somme, sous le nom de *bagues et joyaux*. Dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais, la Coutume l'avait fixée au dixième de la dot pour la noblesse, et au vingtième pour la roture.

Après ce coup d'œil sur les pays de droit écrit, revenons à la France coutumière, et voyons quel y fut le régime des biens entre époux.

L'association conjugale et le douaire en forment les deux parties importantes. Celui-ci doit fixer d'abord notre attention.

Nous avons exposé, au chapitre IV, les éléments divers dont s'est développé le douaire; nous avons vu, au chapitre V, qu'il s'était formé,

sous la protection de l'Eglise, de l'ancienne dot germanique (*pretium nuptiale, pretium emtionis*), et de la donation nuptiale connue sous le nom de don du matin (*morgengabe*). Or, la première étant acquise à la femme du moment des fiançailles, tandis que le don du matin ne lui était donné que le lendemain des noces, le douaire, dans les Coutumes de France, a tantôt suivi l'une, tantôt l'autre voie : dans telle province, il était acquis à la mariée dès la célébration nuptiale[1], dans telle autre, à partir de la cohabitation seulement[2]. C'est le premier principe qui a généralement prévalu dans les Coutumes réformées[3].

La quotité du douaire coutumier, c'est-à-dire, du douaire légal, tacite, en l'absence de donation ou de convention expresse, se ressentait également de sa double origine ; car tantôt cette quotité était du tiers, tantôt de la moitié des biens du mari. Pierre de Fontaines[4] et Beaumanoir[5] rapportent que c'est par Philippe Auguste,

[1] *Bourbonnais*, art. 249. *Paris*, art. 248.

[2] Beaumanoir, *Cout. de Beauvois.*, ch. XIII, n° 25. (éd. Beugnot). *Bretagne* (ancienne), a. 50 et 450. *Chartres*, a. 52. *Valois*, a. 202. *Ponthieu*, a. 32. *Clermont*, a. 258. *Normandie* (ancienne) a. 337. *Châteauneuf*, a. 55.

[3] Loysel, *Inst. cout.*, I, 3, 5.

[4] *Conseil à un amy*, ch. XXI, n° 52.

[5] *Cout. de Beauvois.*, ch. XIII, n° 12 (éd. Beugnot).

en 1214, que le douaire légal ou coutumier fut fixé à la moitié des biens du mari; mais cela n'implique pas que ce souverain ait introduit, le premier, le douaire coutumier, comme l'ont pensé la plupart des auteurs. Il est constant, au contraire, que déjà les *Assises de Jérusalem* et les *Coutumes de l'Empire de Romanie* mentionnent le douaire de la veuve noble, fixé à la moitié des biens. D'un autre côté, dès l'époque franque, la constitution du douaire avait été exigée par les Conciles et les Capitulaires, et cependant ni le pouvoir séculier, ni le pouvoir spirituel n'en fixaient la quotité à défaut de donation ou de convention. C'est que déjà les lois des peuples germaniques l'avaient prévu, en attribuant à la veuve, privée du don du matin, une partie des biens, soit en propriété, soit en usufruit. Ainsi la loi Ripuaire avait fixé ce don du matin légal au tiers des acquêts ; celle des Burgondes, au tiers de tous les biens ; celle des Bavarois, à la moitié de tous les biens en usufruit, s'il n'y avait point d'enfants. Un Capitulaire de Louis le Débonnaire, dont le but était probablement de soumettre à une loi uniforme les droits des veuves, leur avait attribué le tiers des acquêts et un partage égal des autres biens avec les enfants [1]. Des témoignages historiques, du

[1] Capitul. IV, 9. Voy. plus haut notre chap. IV, p. 135.

temps de Dagobert et de Raoul, attestent l'usage, dans les familles royales mêmes, de ce douaire coutumier, fixé au tiers des acquêts, conformément à la loi Ripuaire[1].

Ce que le roi Philippe Auguste a voulu instituer par son Etablissement de 1214, n'était donc pas un droit nouveau, mais une règle uniforme pour toute la monarchie; comme Louis le Débonnaire, il voulait qu'il n'y eût qu'un douaire en France. Mais il ne réussit pas mieux que son prédécesseur. Dans les provinces soumises au roi d'Angleterre, le douaire coutumier restait fixé au tiers, conformément aux anciens usages normands importés en Angleterre par la conquête[2], et les Coutumes réformées de ces pays l'ont conservé[3]. Les *Etablissements de saint Louis* se ressentent de la double origine du

[1] Pasquier, *Recherches*, p. 308.

[2] La grande charte des Anglais, suivant l'ancienne Coutume de Normandie, fixa le douaire au tiers. L'accord entre la plus ancienne rédaction de cette Coutume et le droit coutumier anglais est complet. *Ancien Cout. de Normandie*, ch. XI : « Coutume est que la femme qui a son mary mort ait la tierce partie du fief au temps qu'il l'épouse. » Glanvilla (1199), *De leg. et consuet. Angliæ*, VI, 1, § 2 : « Et appellatur rationabilis dos cujuslibet mulieris tertia pars totius liberi tenementi viri sui, quod habuit tempore desponsationis..... »

[3] *Maine*, 313. *Anjou*, 299. *Poitou*, 256. *Normandie*, 367. *Bretagne*, 455. *Saintonge*, 75-76.

douaire, car il y est fixé pour les fiefs au tiers, tandis que pour les terres non féodales il est de la moitié. Dans la Coutume de Touraine [1], cette dualité s'est maintenue : le douaire noble y est du tiers, le douaire roturier de la moitié. Néanmoins, dans la plus grande partie de la France coutumière, le douaire fut fixé à la moitié des biens du mari. La distinction des biens en nobles et roturiers, en propres et acquêts, en meubles et immeubles, produisait de nombreuses variantes, qu'il serait inutile de détailler en ce lieu.

Durant la première période du droit coutumier, la veuve perdait son douaire si elle était convaincue d'adultère, si elle avait omis de venger le meurtre de son mari, et si elle convolait en secondes noces dans l'année du deuil. Le premier de ces motifs, d'origine germanique, car on le retrouve également dans les Coutumes d'Angleterre, d'Allemagne et des Pays-Bas, se maintint surtout dans les provinces jadis soumises à la couronne d'Angleterre [2]; mais les deux derniers motifs, empruntés aux lois romaines, disparurent des Coutumes réformées. Loysel ne fait plus même mention de l'obligation de la veuve de faire

[1] Art. 326 et 388.
[2] Loysel, *Inst. Cout.*, I, 3, 39. *Grand Coutumier*, l. II, ch. xxxiii. *Normandie*, 377-8. *Maine*, 327. *Anjou*, 314. *Bretagne*, 451. *Touraine*, 336.

venger le meurtre de son mari, car ce devoir était tombé avec l'ancien système, qui chargeait la famille de venger ou de poursuivre le meurtre d'un de ses membres; quant aux secondes noces, ce jurisconsulte enseigne explicitement, que de son temps elles ne faisaient plus perdre le douaire à la veuve [1]. Cette limitation des cas où la veuve perdait son douaire est le signe de la marche des idées favorables aux femmes.

A la mort de l'épouse, la double origine du douaire se manifestait de nouveau. Dans un grand nombre de coutumes où le douaire n'était que viager, et c'était la forme primitive [2], il retournait au mari ou à ses héritiers, en cas de prédécès de la femme; dans d'autres [3], il formait une part légitime des enfants, qui pouvaient renoncer à la succession maternelle et se tenir au douaire; et, dans ce cas, le père en avait l'usufruit, tandis que la nue propriété restait aux enfants.

Cette institution coutumière du douaire, protégée par l'Eglise, et qui, comme nous venons de le voir, avait même pénétré dans les pays de droit écrit sous d'autres noms et avec quelques modifications, faisait un utile contre-poids pour

[1] V. Dumoulin, sur l'art. 30 de l'*ancienne Cout. de Paris*.
[2] *Établ. de saint Louis*, I, 16. Jehan Desmares, *Décis.* 175.
[3] *Normandie*, 399. *Calais*, 50-51. *Mantes*, 136, 142. *Paris*, 249-250. *Senlis*, 177, 182. *Melun*, 98, 239. *Nivernais*, XXIV, 8.

la femme, vis-à-vis du pouvoir étendu que le mari avait dans l'administration des biens, surtout depuis que la communauté avait commencé à prévaloir dans les pays coutumiers de France; car la femme commune pouvait renoncer à l'association et se tenir à son douaire.

Un fait nouveau et important, qui se développa pendant l'époque féodale et coutumière, était la communauté de biens entre les époux. Cette association conjugale s'est développée simultanément dans toutes les Coutumes ayant l'élément germanique pour base : en France, en Allemagne, en Suisse, dans les Pays-Bas. Son caractère essentiellement germanique n'est plus contestable aujourd'hui, et c'est dans les Coutumes des peuples germaniques qu'on en rencontre les premiers rudiments [1]. Certes, une pleine et entière communauté entre les époux eût été impossible à une époque où la défaveur, avec laquelle les femmes étaient traitées dans les successions, ne leur permettait guère d'apporter de grands biens; la forte disparité entre les fortunes des deux époux devait, par conséquent,

[1] Nous avons cherché à démontrer ailleurs, que la communauté conjugale ne vient ni du droit gaulois, ni du droit romain, ni de la féodalité. Voy. nos *Origines germaniques du droit civil français*, dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, avril 1843, p. 427 et suiv.

empêcher une communauté complète. Mais ce qui avait déjà caractérisé les premières lois germaniques, c'est l'espèce d'association de l'épouse aux biens acquis pendant le mariage, espèce de don du matin légal, il est vrai, mais qui a été le fond sur lequel s'est élevée la communauté conjugale. La position plus avantageuse des femmes dans la famille, leurs droits de succéder élargis, la valeur croissante de la richesse mobilière, le commerce et l'industrie, toutes ces causes réunies formèrent la communauté conjugale, telle qu'elle s'est développée dans nos Coutumes.

C'est dans les familles des serfs attachés à la glèbe, que la communauté de biens entre homme et femme s'établit peut-être la première, et cela, plutôt par le fait que par le droit. Effectivement, cette communauté n'était point un effet particulier du mariage, c'était le résultat nécessaire de la constitution de ces petites sociétés, qui existaient dans chaque manse, case ou manoir. Tous ceux qui y vivaient ensemble, pendant un an et un jour, devenaient communs en biens, père et enfants, mari et femme, parent et étranger. « Compagnie se fait selon notre Coutume, dit Beaumanoir, ch. XXI, pour seulement manoir ensemble à un pain et à un pot, un an et un jour, puisque les meubles de l'un et de l'autre sont mêlés ensemble. » Et, en effet,

il ne pouvait être question d'autres biens que de meubles chez une classe d'hommes qui étaient incapables de posséder des biens-fonds. On comprend aisément qu'avec de pareils usages, la femme devait être la première personne dont l'avoir tombait dans la communauté; mais cette communauté n'avait pas d'autre origine que celle de tout autre parsonnier, parent ou étranger [1].

La communauté conjugale a eu quelque difficulté à se généraliser dans les familles nobles. Le procès-verbal, fait lors de la réformation de la Coutume de Blois [2], fournit la preuve que, dans plusieurs provinces, les nobles s'y opposèrent avec force, prétendant que la chose publique en souffrirait. Cependant, nous ne pouvons assentir à cette doctrine récemment émise, que la communauté de biens en usage entre roturiers, bourgeois et vilains, n'aurait été étendue aux unions nobles que lors de la réformation des Coutumes. Cela peut être partiellement vrai,

[1] Dans le Nivernais, quelques communautés taisibles entre paysans ont été retrouvées par M. Dupin aîné. Elles avaient cessé d'être légales depuis l'Ordonnance de Moulins, de 1566, prescrivant la rédaction par écrit de tout contrat excédant cent livres. C'est également à ces communautés taisibles d'an et de jour, que Loysel fait allusion, quand il établit que « communauté n'a lieu si elle n'est convenue par exprès, ou si la loi ou Coutume ne l'ordonne, *quelque demeure qu'on fasse ensemble.* » *Instit. cout.*, III, 3, 1.

[2] Voy. *Coutumier général*, t. III, p. 1047.

pour quelques pays et localités, mais non pour la France coutumière en général.

La preuve la plus irrécusable que la communauté existait entre époux nobles, bien avant la réformation de nos Coutumes, est dans le *Grand Coutumier* [1], qui décrit la faculté de renoncer à la communauté conjugale, comme un ancien privilége des veuves nobles; or, tout le monde sait que l'auteur de ce *Grand Coutumier* a vécu sous Charles VI, et que l'Ordonnance de Montil-les-Tours est de Charles VIII (1453). Mais il y a plus; le partage des meubles entre époux nobles, au moins au profit de la veuve, se trouve dans nos plus vieux livres de droit, dans Beaumanoir [2], dans les *Etablissements de saint Louis* [3], dans Bouteiller [4]. Ce n'était point encore là une communauté régulière, mais c'en était le commencement, et un emprunt fait aux Coutumes des roturiers et des bourgeois.

Or, pour ceux-ci, la communauté conjugale était de droit, au onzième siècle. Les *Assises de Jérusalem* [5], les *Etablissements de saint Louis* [6], et tous les anciens auteurs [7], établissent la com-

[1] Liv. II, c. XXXI. Voy. aussi Loysel, *Instit. coutum.*, I, 2, 10.
[2] *Cout. de Beauvois.*, ch. XIII, 9.
[3] Liv. I, ch. XV.
[4] *Somme rurale*, tit. XCVII.
[5] *Cour des bourgeois*, ch. CXVIII, CLXII, CLXV, CLXIX, CLXXII.
[6] L. I, ch. XV, CXXXVII, CXXXIX.
[7] Beaumanoir, ch. XXI: « Cascun set que compaignie se

munauté des biens meubles et des dettes, comme le droit commun des époux roturiers. Quant aux conquêts, l'époux survivant restait en possession, et le partage ne se faisait qu'après la mort des deux conjoints.

Dès cette époque donc la communauté conjugale reposait sur les mêmes principes que notre législation actuelle : communauté de meubles, d'acquêts et de dettes, exclusion des fiefs et des propres. Ces exclusions nécessitent quelques éclaircissements.

La nature même du fief empêchait la communauté. Pouvait-il y en avoir entre le mari possesseur de la terre féodale, qui avait prêté foi et hommage, qui en avait la saisine, et sa femme qui n'avait rien de tout cela? N'oublions pas que le fief n'était point un patrimoine, mais une possession qui, même lorsque l'hérédité était devenue générale, remontait au seigneur concédant, à défaut d'héritiers directs.

L'exclusion des propres reposait sur d'autres motifs. D'après le principe fondamental de la famille germanique, tous les membres avaient un droit éventuel sur les biens-fonds, et le propriétaire ne pouvait les aliéner sans leur con-

fait par mariage, car sistot comme mariage est fez, li biens de l'un et de l'autre sont quemun par la vertu du mariage.» Desmares, *Décis.* 247. *Cout. notoires du Châtelet*, n° 165.

sentement. L'autorité maritale était également limitée par ce principe, et le mari ne pouvait aliéner les biens propres de sa femme. Ainsi les immeubles, appartenant aux deux époux, restaient en dehors de la communauté. Ce système, adopté par toutes les Coutumes, et avec raison, car elles avaient également maintenu dans les successions la distinction des propres et des acquêts, a été consacré par notre Code civil, quoiqu'il ait effacé partout ailleurs cette distinction. Nous aurons occasion, dans le chapitre suivant, de dire notre opinion sur le régime de la communauté conjugale, établie par notre législation actuelle.

Parmi les Coutumes rédigées en vertu de l'Ordonnance de Montil-les-Tours, il n'y en avait que trois qui ne confirmassent point la communauté légale des biens entre époux. Celles d'Auvergne (XIV, 3) et de la Haute-Marche (a. 299) établissent une espèce de système dotal bâtard; celle de Normandie (a. 329 et 390 s.), qui défend explicitement aux époux d'établir la communauté de biens, donne à la veuve certaines parts dans les acquêts et les meubles, qu'il n'est pas permis de modifier par contrat; au mari survivant, l'usufruit de toute la fortune de la femme, pourvu qu'il y ait un enfant [1].

[1] Cauvet, *Du régime matrimonial des époux normands.* (*Revue de Législ. et de Jurisprud.*, juin 1847, p. 145 et suiv.)

munauté des biens meubles et des dettes, comme le droit commun des époux roturiers. Quant aux conquêts, l'époux survivant restait en possession, et le partage ne se faisait qu'après la mort des deux conjoints.

Dès cette époque donc la communauté conjugale reposait sur les mêmes principes que notre législation actuelle : communauté de meubles, d'acquêts et de dettes, exclusion des fiefs et des propres. Ces exclusions nécessitent quelques éclaircissements.

La nature même du fief empêchait la communauté. Pouvait-il y en avoir entre le mari possesseur de la terre féodale, qui avait prêté foi et hommage, qui en avait la saisine, et sa femme qui n'avait rien de tout cela ? N'oublions pas que le fief n'était point un patrimoine, mais une possession qui, même lorsque l'hérédité était devenue générale, remontait au seigneur concédant, à défaut d'héritiers directs.

L'exclusion des propres reposait sur d'autres motifs. D'après le principe fondamental de la famille germanique, tous les membres avaient un droit éventuel sur les biens-fonds, et le propriétaire ne pouvait les aliéner sans leur con-

fait par mariage, car sistot comme mariage est fez, li biens de l'un et de l'autre sont quemun par la vertu du mariage. » Desmarés, *Décis.* 247. *Cout. notoires du Châtelet*, n° 165.

seulement. L'autorité maritale était également limitée par ce principe, et le mari ne pouvait aliéner les biens propres de sa femme. Ainsi les immeubles, appartenant aux deux époux, restaient en dehors de la communauté. Ce système, adopté par toutes les Coutumes, et avec raison, car elles avaient également maintenu dans les successions la distinction des propres et des acquêts, a été consacré par notre Code civil, quoiqu'il ait effacé partout ailleurs cette distinction. Nous aurons occasion, dans le chapitre suivant, de dire notre opinion sur le régime de la communauté conjugale, établie par notre législation actuelle.

Parmi les Coutumes rédigées en vertu de l'Ordonnance de Montil-les-Tours, il n'y en avait que trois qui ne confirmassent point la communauté légale des biens entre époux. Celles d'Auvergne (XIV, 3) et de la Haute-Marche (a. 299) établissent une espèce de système dotal bâtard; celle de Normandie (a. 329 et 390 s.), qui défend explicitement aux époux d'établir la communauté de biens, donne à la veuve certaines parts dans les acquêts et les meubles, qu'il n'est pas permis de modifier par contrat; au mari survivant, l'usufruit de toute la fortune de la femme, pourvu qu'il y ait un enfant [1].

[1] Cauvet, *Du régime matrimonial des époux normands.* (*Revue de Législ. et de Jurisprud.*, juin 1847, p. 145 et suiv.)

La majeure partie des Coutumes établissaient la communauté conjugale de plein droit ; quelques-unes ne l'admettaient qu'en cas de stipulation formelle [1]. Elles variaient cependant sur différents points secondaires : celles-ci faisaient commencer la communauté du jour du mariage, celles-là seulement à dater de l'an et du jour [2]; quelques-unes partageaient les biens communs par portions égales, d'autres ne donnaient à la veuve qu'un tiers. L'existence d'enfants, le rang noble ou roturier des époux, le caractère féodal ou allodial des biens, influaient également sur le partage de la communauté.

L'obligation de la veuve de payer les dettes d'une communauté dont elle n'avait jamais eu l'administration, aurait pu mener à de grandes injustices et causer de graves préjudices aux intérêts de la femme. Or, le caractère marqué de l'époque qui nous occupe, était la prévoyance et la protection pour les intérêts des femmes. La faculté de la veuve de renoncer à la communauté fut le remède à ce danger, et cette faculté est tellement ancienne dans nos Coutumes, que nous ne craignons pas d'affirmer que le droit

[1] C'était le cas en Auvergne, dans la Haute-Marche, dans le pays Messin et autres.

[2] Cette dernière disposition avait son origine dans les sociétés taisibles, dont il a été question tout à l'heure.

de renonciation a pris naissance en même temps que la communauté conjugale elle-même.

Notre opinion est confirmée par les plus anciens textes, qui parlent de la part que prenait la femme commune après le décès de son mari, comme d'une chose à son choix. Beaumanoir, Bouteillier, l'auteur des *Etablissements de saint Louis*, s'expriment unanimement dans ce sens [1].

Les symboles qui accompagnaient l'acte de renonciation prouvent également la haute antiquité de cette institution. La veuve renonçante déposait sa ceinture, sa bourse et ses clefs sur la fosse du mari; la plupart des anciennes Coutumes prescrivaient ces actes symboliques, et, Monstrelet [2] l'atteste, les veuves de Philippe le

[1] Beaumanoir, *Cout. de Beauvois.*, ch. XIII, 9 : « *Il est au quoix de la fame* quant ses barons est mort de laissier tous les muebles et toutes les debtes as hoirs et d'emporter son doaire quite et delivre, *et s'il li plest elle pot partir as muebles*, et si ele i part ele est tenue à sa part des debtes. » Et ch. XIII, 21 : « Et a été jugié que quan li sires est mors; soit que la dame voille partir as muebles et as detes, soit que ele i renonce porceque les detes sont grans et li muebles petits..... » Bouteillier, *Somme rurale*, t. LCVII, p. 552 : « Et si dame ou damoiselle prend moitié ou quelque part as muebles, elle est tenue de faire caution de payer la moitié des detes avant que nul profit doive ne puisse prendre au douaire. » *Etabl. de saint Louis*, l. I, ch. XV : « ..... (la veuve noble) si aura la moitié es muebles *si ele veut*, mais ele mettra la moitié es dettes et *de ce est il à son choix.* »

[2] Monstrelet, *Chronique*, VI. I, l. 1, ch. XVIII et CXXXIX.

des femmes et des mineurs, a survécu et absorbé celui qui, à l'instar de la famille romaine, établissait la puissance du père et de l'époux dans l'intérêt du chef de famille. C'est ainsi qu'il faut entendre Loysel [1], le père de notre droit coutumier, quand il érige en règle, que «Droit de puissance paternelle n'a lieu.» Cette règle, dont le sens a été mal saisi par ses premiers annotateurs, voulait dire que la puissance paternelle du droit romain n'avait pas lieu en pays coutumier, mais non pas, que les enfants n'y étaient soumis à aucune autorité [2].

L'autorité des père et mère, et la tutelle, qui n'est que la délégation de cette autorité à des tiers, sont souvent appelées par les mêmes noms dans notre droit coutumier ; *mainbournie, vouerie, garde, bail*, sont des termes qui désignent à la fois ce que nous appelons aujourd'hui la puissance paternelle, la tutelle et la curatelle. Mais il y avait encore une quatrième espèce, que notre droit moderne ne reconnaît plus, la garde féodale, exercée par le seigneur du fief. Le fief

[1] *Instit. coutum.*, I, 1, 37.

[2] Accurse, au commencement du treizième siècle, avait avancé la même erreur dans ses gloses sur le titre des Institutes, *De patria potestate* : « Aliæ vero gentes quædam, ut servos tenent filios, ut Sclavi, aliæ ut prorsus absolutos, ut Francigenæ. »

était avant tout soumis au service militaire, il importait au seigneur de le savoir en bonnes mains. Aussi ce dernier intervenait chaque fois que son fief était échu par succession à un incapable. Et de même que le suzerain prenait la garde de l'orphelin mâle, il prenait sur lui de marier l'orpheline qui tenait un de ses fiefs; de même qu'il lui importait que le mineur fût représenté par un vassal fidèle, il avait le plus grand intérêt à ce que sa pupille ne fût pas mariée à un ennemi. Quand, dans la suite, le régime féodal commença à se relâcher de ses principes absolus, la garde des mineurs possédant des fiefs fut déléguée à ceux des parents que les seigneurs féodaux considéraient comme les plus aptes à s'acquitter de ce devoir. C'est là l'origine de la garde noble.

Dans la première époque du droit coutumier[1], le mot *garde* signifiait le pouvoir qu'avaient le père, la mère et les aïeuls sur le mineur, tandis que la tutelle des parents collatéraux était plus particulièrement nommée *bail*; mais dans la plupart des Coutumes réformées, les termes ont été indifféremment employés[2], et dans quelques provinces même, le *bail* avait lieu expressément en

[1] *Grand coutumier*, liv. II, ch. XXXI.
[2] Loysel, *Instit. coutum.*, I, 4, 1.

par le mariage, par la demeure séparée, ainsi que par l'émancipation expresse[1].

En fait de majorité, le droit coutumier suivait encore les règles tracées par les lois germaniques. L'âge de douze, de quinze et de vingt ans, qu'elles avaient assigné pour les différents actes de la vie civile, a été aussi l'époque de la majorité dans les plus anciennes Coutumes de France. Les *Assises de Jérusalem*[2], de même que les *Coutumes de l'empire de Romanie*[3], fixaient la majorité, tant féodale que coutumière, à quinze ans pour les mâles, et à douze pour les filles. Les *Etablissements de saint Louis* assignent le même terme[4], mais ils défendent de tenir fief et de combattre avant vingt et un ans. Sauf les divergences de quelques localités, cette double majorité a été adoptée dans tous les pays coutumiers de France : *le moindre aage* commençant avec la quinzième année pour les garçons, avec la douzième pour les filles, et *le plein aage* à vingt et un ans[5].

[1] Il faut y ajouter la prêtrise, motif de se soustraire à l'autorité paternelle, dû à l'influence des clercs ; de même que l'article 374 du Code civil est dû à l'esprit militaire, qui domina à l'époque de son apparition.

[2] *Cour des Barons*, ch. CLXXXIX. *Cour des Bourg.*, ch. XIV.

[3] *Consuetud. imperii Romani*, c. LXXXV.

[4] Liv. I, ch. LXXIII, et CXLII.

[5] Beaumanoir, *Cout. de Beauvois.*, p. 88-91. Ducange, *Gloss.*, v° *Ætas*.

Cette distinction toute germanique s'était déjà établie dans la loi des Visigoths; elle se rencontre partout dans les Coutumes de l'Allemagne [1].

Dans la seconde époque de notre droit coutumier, c'est-à-dire, à partir de la rédaction officielle des Coutumes, l'influence du droit romain se fait sentir, en ce que la majorité romaine de vingt-cinq ans y remplace presque généralement l'ancienne majorité coutumière. Quelques pays seulement, comme le Ponthieu, l'Artois, le Maine et l'Anjou, avaient conservé l'ancienne époque en termes exprès; d'autres Coutumes avaient pris un moyen terme, en n'exigeant l'âge de vingt-cinq ans que pour l'aliénation des immeubles, tandis que l'ancienne majorité suffisait pour administrer, et même pour disposer des meubles.

Quant à la majorité féodale, l'élément romain n'y avait rien pu changer. L'esprit de famille des nobles, nous l'avons déjà dit, conservait les anciennes traditions avec plus de soin que le reste de la nation. Ainsi, dans une très-grande partie de la France [2], l'âge pour la majorité féodale resta le même que celui fixé par les *Assises*

[1] *Miroir Saxon*, I, 42.

[2] Dans l'Artois, la Picardie, le Nivernais, le Berry, le Blaisois, le duché de Bourgogne, et dans la plus grande partie du Vermandois et de la Champagne.

de Jérusalem; dans les autres pays de coutumes, l'époque variait, il est vrai, mais sans jamais excéder l'âge de vingt et un ans, *le plein aage* de l'ancien droit. Du reste, ces majorités diverses ne dépendaient point du rang du mineur, mais de l'héritage ou de la chose qu'il s'agissait de posséder ou d'administrer; car le même individu n'était majeur qu'à vingt et un ans pour son héritage noble, qui l'était déjà à quatorze pour une terre en roture ou pour affaire de marchandises[1]. Ces faits sont tellement éloignés de nos idées modernes, qu'il est urgent de les rappeler quelquefois.

La séparation de demeure et le mariage émancipaient les mineurs de plein droit dans nos Coutumes, conformément aux lois de la race germanique, et contrairement aux règles du droit romain. Ces principes ont été formulés en ces termes : « Feu et lieu font mancipation, et enfants mariés sont tenus pour hors de pain et pot, c'est-à-dire émancipés. » « Hommes et femmes mariés sont tenus pour émancipés. » Ces règles[2], à très-peu d'exceptions près, ont eu cours depuis la formation de notre droit coutumier. La jurisprudence des Parlements les fai-

[1] Jehan Desmares, *Décis.* 249. *Grand Coutumier*, II, 12.
[2] Loysel, I, 1, 38, et I, 2, 7.

Cette distinction toute germanique s'était déjà établie dans la loi des Visigoths; elle se rencontre partout dans les Coutumes de l'Allemagne [1].

Dans la seconde époque de notre droit coutumier, c'est-à-dire, à partir de la rédaction officielle des Coutumes, l'influence du droit romain se fait sentir, en ce que la majorité romaine de vingt-cinq ans y remplace presque généralement l'ancienne majorité coutumière. Quelques pays seulement, comme le Ponthieu, l'Artois, le Maine et l'Anjou, avaient conservé l'ancienne époque en termes exprès; d'autres Coutumes avaient pris un moyen terme, en n'exigeant l'âge de vingt-cinq ans que pour l'aliénation des immeubles, tandis que l'ancienne majorité suffisait pour administrer, et même pour disposer des meubles.

Quant à la majorité féodale, l'élément romain n'y avait rien pu changer. L'esprit de famille des nobles, nous l'avons déjà dit, conservait les anciennes traditions avec plus de soin que le reste de la nation. Ainsi, dans une très-grande partie de la France [2], l'âge pour la majorité féodale resta le même que celui fixé par les *Assises*

[1] *Miroir Saxon*, I, 42.

[2] Dans l'Artois, la Picardie, le Nivernais, le Berry, le Blaisois, le duché de Bourgogne, et dans la plus grande partie du Vermandois et de la Champagne.

légitimés que par le mariage de leurs père et mère naturels. Ce mode de légitimation, adopté et favorisé par l'Eglise, traversa l'époque franque et fut ainsi accepté par le droit coutumier, qui lui laissa même l'entourage solennel des symboles employés en cette occasion par les races barbares du nord et du centre de l'Europe. Le plus usité de ces symboles, c'était de mettre les enfants à légitimer sous le poêle ou manteau, pendant la cérémonie du mariage; on en trouve partout la description, chez les jurisconsultes[1] comme chez les romanciers[2]. Cependant cette légitimation n'a pas eu toujours et partout son plein effet, quand il s'agissait de l'aptitude

[1] Beaumanoir, *Cout. de Beauvois.*, ch. XVIII, n° 2 : « Quand un hons a compaignie à une feme hors de mariage et il l'espouse aprés, et tans que ele est grosse, li enfens que ele a el ventre, devient loïax par la vertu du mariage. Voire s'il y en avoit plusors enfens nez avant que il espousast, et la mere et li enfant à l'espouser estoient mis dessos le poile, en sainte Eglise, si devenroient-ils loyaux hoirs, et seroient adhérité comme loyal hoir, en toute manière de descendement, ou d'escheance de costé. » — Loysel, *Instit. coutum.*, I, 1, 40 : « Enfans nais auant le mariage, mis soubs le poille, sont legitimez. »

[2] Philippe Mouskes, évêque de Tournai († 1282), dans son *Histoire de France* en vers, publiée en entier pour la première fois par M. de Reiffemberg, Bruxelles, 1836, 3 vol. in-4°, raconte le mariage d'un comte Richard avec Gunnor,

sait même appliquer dans les pays de droit écrit, où le mariage n'émancipait pas le fils de famille. Ceux de ces pays qui étaient du ressort du Parlement de Paris, par exemple, suivaient sur ce point la Coutume de Paris qui, par son article 239, établit l'émancipation de plein droit par le mariage, disposition qui est devenue l'article 476 de notre Code civil. Par contre, dans plusieurs pays de coutumes[1], l'émancipation par mariage n'avait lieu que pour les filles seulement, disposition qui était un rapprochement avec ce qui était en usage dans les pays de droit écrit.

Les enfants de famille ne pouvaient se marier sans le consentement de leurs père et mère, qu'à l'âge de trente ans pour les fils, et de vingt-cinq ans pour les filles, à peine d'être déshérités. Cette majorité spéciale pour contracter un mariage contre le gré des parents avait été fixée par les Edits de Henri II (1566), de Louis XIII (1639), et de Louis XIV (1697).

Nous avons vu[2] que dans la Gaule romaine, les enfants nés hors mariage ne pouvaient être

[1] *Normandie*, a. 227, 230. *Auvergne*, XIV, 12. *Haute-Marche*, a. 298. *Montargis*, VII, 5, 6. *Duché de Bourgogne*, IV, 1. *Comté de Bourgogne*, a. 24. *Poitou*, a. 225, 276, 312, 314. *Saintonge*, a. 2 et 73.

[2] Voy. plus haut, ch. III, p. 92.

France coutumière. L'esprit germanique y domine; la liberté de l'individu, la volonté du chef de famille, la circulation et la transmission de la propriété, y sont toujours subordonnées, souvent sacrifiées à la stabilité des familles. La féodalité était venue puissamment en aide à cet esprit conservateur, et avait augmenté l'inégalité des partages par les priviléges accordés aux aînés. Cependant il faut avouer que, lorsque la féodalité entra dans l'époque de sa décroissance, les anciens principes se relâchèrent de ce qu'ils avaient de trop absolu dans leurs conséquences. L'Eglise et les jurisconsultes, imbus des principes des lois romaines, furent les instruments par lesquels la civilisation des siècles se révéla; et en attaquant incessamment la constitution ancienne de la famille, ils cherchaient à propager les idées d'égalité naturelle entre les sexes et entre les enfants de la même famille; mais au fond l'ancienne constitution de la famille resta. La transmission des héritages dans l'ordre civil a toujours les liens du sang pour base, comme la succession testamentaire y est vue avec défaveur et soumise à des restrictions sans nombre. Le partage des successions repose toujours sur la distinction des biens, d'après leur nature et leur origine; celle des propres et des conquêts domine pour ainsi dire tout le système successoral du

droit coutumier. La pensée fondamentale, que les premiers étaient en quelque sorte le patrimoine commun de la famille, et que chaque membre avait sur eux des droits éventuels, dont il ne pouvait être frustré par la volonté du possesseur temporaire, est le motif et la raison d'une foule de dispositions dans nos Coutumes.

Nous avons vu [1] comment les testaments s'étaient introduits d'abord timidement, et ensuite d'une manière générale et ouverte, par les efforts continus du clergé. La règle : « Point de testament » du temps de Tacite, qui s'était conservée dans l'adage du droit anglais : « Dieu seul peut faire un héritier »[2], n'a donc pu se conserver intacte dans les Coutumes de France; mais le droit de disposer des biens par acte de dernière volonté fut borné à certains biens, et emprisonné dans d'étroites limites. Les Coutumes, propices aux liens du sang, considéraient d'un œil défavorable les dispositions testamentaires, comme des aliénations du patrimoine commun de la famille.

Les *Etablissements de saint Louis*, quoique imbus des idées romaines, défendaient aux père et

[1] V. plus haut, ch. IV, p. 147 et 152 s.

[2] Glanvilla, *De leg. et consuet. Angliæ*, VII, 1. — Les Coutumes galloises de l'Angleterre s'accordent sur ce point avec les Coutumes anglo-saxonnes. On y lit : « Nemo in fundo alicui succedere potest, nisi is qui corpore ejus prognatus fuerit. »

mère d'avantager un enfant au détriment des autres, sans leur consentement; ils ne permettaient au seigneur noble de disposer que de ses *achas et conquès* seulement [1]. Les Coutumes de Beauvoisis[2] étaient moins absolues; on pouvait y disposer du quint de l'héritage, c'est-à-dire d'une part des propres de la famille. C'était aussi l'usage de l'Isle de France [3] et du plus grand nombre des pays coutumiers [4].

Quant aux conquêts et aux biens meubles, le plus ancien droit coutumier en permettait déjà la libre disposition [5].

La maxime «Institution d'héritier n'a lieu», qu'on rencontre dans nos vieux livres de droit, ne signifie point dans notre droit coutumier l'impossibilité absolue d'instituer un héritier par testament, et de disposer par legs ou donation; mais elle consacre le principe de la suprématie de la succession naturelle du sang, et elle ne voit qu'un étranger dans l'héritier appelé par la volonté du testateur. Du reste, c'est principalement à la conservation des biens propres, transmis par héritage, que les garanties tendent dans

[1] Liv. I, ch. CXXXII. Liv. II, ch. XXV.
[2] Ch. XII, n° 17.
[3] *Coutum. notoires*, n° 7. Desmares, *Décis.* 149 et 237.
[4] Même dans quelques statuts du Midi, tels qu'Alby.
[5] Beaumanoir, ch. XII, n° 3-5 et 17. Desmares, *Décis.* 149. *Coutum. notoires*, n° 7.

nos Coutumes. La règle suivante de Loysel est donc plus vraie, et cherche pour ainsi dire à donner son véritable sens à la maxime que nous venons de rappeler : « L'on ne fait pas héritier, dit Loysel, par testament, qui qu'on veut de ses propres, mais bien de ses meubles et acquêts [1]. Fidèles à ces principes, toutes nos Coutumes du Nord et du Centre maintenaient la succession *ab intestat* comme règle, et la faculté de disposer comme exception; circonscrivant la part disponible à une quotité définie, qui variait du quint[2], du quart, du tiers, à la moitié, selon la nature des biens et le nombre des enfants [3]. Dans les provinces du Midi et de l'Est, au contraire, c'était la succession testamentaire qui formait la règle, et la légitime accordée aux héritiers du sang était l'exception [4]; la quotité

[1] *Instit. coutum.*, II, 4, 6.

[2] C'était la quotité fixée dans les Coutumes de Paris, Orléans, Auxerre, Nivernais, Grande-Perche, Valois, Melun, Amiens, Mantes, Senlis, etc.

[3] Voir pour les détails Klimrath, *Etudes sur les Coutumes*, p. 130.

[4] Cette divergence sur la nature de la part légitime, ou réserve, divise encore de nos jours les Cours d'appel du midi et du nord de la France; les unes jugeant d'après les principes du droit romain, les autres d'après ceux des lois germaniques. La Cour de cassation elle-même a varié dans sa jurisprudence.

en variait du quart, du tiers, à la moitié de la masse de la succession.

La forme dans laquelle se faisaient les dispositions de dernière volonté était loin d'être la même dans les différentes provinces. Dans le Nord, les solennités des testaments romains ne purent s'établir dans la pratique, pas plus que la différence entre les codicilles et les testaments proprement dits; l'usage d'exprimer ses dernières volontés devant le curé et deux témoins, ou bien de les dicter et de les déposer aux officialités, était très-répandu, et le testament olographe était une forme très-usitée dans les pays coutumiers. Dans les Coutumes réformées, on distingue généralement deux formes : le testament olographe et le testament solennel ou public, dont les solennités différaient selon les pays. Dans les pays de droit écrit, on se servait des testaments nuncupatifs et mystiques, empruntés aux lois romaines, ainsi que des codicilles, avec adhibition d'un notaire et cinq témoins. L'Ordonnance des testaments de 1785 vint porter une certaine uniformité dans cette matière.

Cependant, la divergence entre les principes du Nord et du Midi étendait ses conséquences sur la constitution de la famille. Ainsi, l'autorité paternelle et le pouvoir du chef devaient nécessai-

rement être plus grands dans les pays de droit écrit que dans les pays coutumiers; mais, dans ces derniers aussi, cette autorité avait reçu un puissant soutien par la faculté d'exhérédation, déterminée, il est vrai, dans de certaines limites. En effet, et les *Assises de Jérusalem*[1] et le livre de Beaumanoir[2], énumèrent déjà avec soin les causes d'exhérédation, et les Coutumes réformées ont, sur ce point, suivi le droit romain de la Novelle 115.

C'est encore un point essentiel de la constitution de la famille, qui nous paraît avoir été résolu plus heureusement par notre ancien droit que par nos lois actuelles. Le Code civil, en suivant les lois intérimaires de la République dans leur réaction contre la puissance paternelle, et en maintenant l'abolition de toute cause d'exhérédation, a porté un coup fatal à l'autorité des ascendants, et contribué pour sa part au détachement des liens de famille, dont notre époque présente le désolant spectacle. Les anciens croyaient que le lien de l'Etat se relâchait, aussitôt que les liens de famille se relâchaient eux-mêmes; notre siècle démontre qu'ils avaient pleinement raison.

Afin de garantir aux membres de la famille leur part d'héritage dans les biens propres, leur

[1] *Cour des Bourg.*, ch. CCXIX, CCXX.
[2] Ch. XII, n° 17-20.

consentement était déclaré nécessaire pour que le propriétaire pût les aliéner , ou en disposer valablement. Les formulaires de Marculfe, de Sirmond, de Lindenbrog, abondent en actes où les héritiers du sang figurent comme parties consentantes à la disposition ou à l'aliénation des propres. Une impérieuse nécessité, une misère authentiquement attestée, ce que nos anciens jurisconsultes appelaient une *pauvreté jurée*, faisait la seule exception à cette règle, qui fut même confirmée par quelques-unes de nos Coutumes réformées [1].

« Li home puet vendre son hiretage qui venus li est de père ou de mère par III manières de raison : la première si est par l'assentement et le gré de son hoir, la seconde par poureté, la tierce pour acheter plus souffisant hiretage [2]. »

Or, ce dernier cas n'était pas une aliénation réelle, et les droits éventuels des parents n'en pouvaient pas souffrir, puisque le bien acquis devenait propre à la place du bien échangé.

Néanmoins ce droit absolu de la famille s'affaiblit à partir du treizième siècle, dans une grande partie de la France : les parents ne peu-

[1] *Anjou*, 245-246. *Artois*, 70. *Boulenois*, 92, 124. *Loudunois*, XXVI, 4. *Maine*, 362. *Ponthieu*, 19. *Touraine*, 251-253.
[2] Maillart, *Cout. d'Artois*, édit. in-folio. *Anciens usages d'Artois*, tit. XXIV.

vent plus empêcher l'aliénation des biens propres, mais ils ont la faculté de les acquérir à l'exclusion de tout étranger, et de les retraire même, si l'aliénation a été consommée, en restituant le prix à l'acquéreur. Ce droit de *retrait*, de *rétractation*, de *premesse*, de *prisme*, connu plus généralement sous le nom de retrait successoral ou lignager, qu'il faut distinguer soigneusement du retrait féodal ou seigneurial, qui appartenait au seigneur sur le fief aliéné par son vassal, et du retrait conventionnel, qui était la faculté de rachat, le droit de réméré, stipulé dans un contrat, était une institution générale à tous nos pays de Coutumes. Les plus anciens monuments du droit national [1], comme les Coutumes réformées, l'ont consacrée en termes formels. Le retrait lignager, qui, jugé avec nos idées modernes, est si contraire à l'équité, à la sainteté des transactions et à la sûreté du commerce, était une institution tellement puisée dans les entrailles de l'antique famille germanique, que même quelques provinces de droit écrit, comme la Guyenne, la Provence, l'Auvergne, l'ont introduit dans leurs

[1] *Assises de Jérusalem, Cour des bourgeois*, ch. XXVIII. *Cour des barons*, ch. XXXVI. *Etablissem. de saint Louis*, l. I, ch. CLIV. Recueil des *Olim* (édit. Beugnot), I, p. 329, 444 et 666; II, p. 426 et 737.

lois [1]. L'événement qui faisait sortir de la famille un bien qui s'y trouvait depuis longtemps était considéré comme un malheur; l'empêcher par tous les moyens était la préoccupation constante des lois de cette époque; et, pour conserver les fortunes, on n'hésitait point à frapper une grande portion de la richesse d'indisponibilité et d'entraver la liberté des transactions.

Nos Coutumes, depuis leur rédaction officielle, variaient sur plusieurs points de détail. Le délai dans lequel le retrait pouvait être exercé était, dans la plupart, d'un an et un jour [2]; dans le Bourbonnais, de six mois pour les droits immobiliers incorporels, et de trois mois seulement pour les immeubles corporels; en Auvergne de trois, dans le Berry de deux mois,

[1] Le retrait lignager n'est pas une institution exclusivement propre à la race germanique, qui s'est conservée dans les Coutumes d'Allemagne, de France, d'Angleterre, de Suisse et des Pays-Bas, et d'où elle s'est propagée dans les Fueros d'Espagne, dans les statuts des villes d'Italie, et dans quelques Coutumes de nos pays de droit écrit. Les lois des Hébreux, des Grecs, des Scandinaves, le Code Théodosien (c. 14, *Cod. de contrah. emtione*, III, 1), le *Livre des Fiefs* (V, t. 13), avaient établi des institutions analogues pour conserver les biens dans les familles.

[2] Loysel, *Instit. coutum.*, l. III, 5, 6 et 16, et les notes de De Laurière.

dans la basse Normandie de quarante jours seulement [1].

Quant à la nature des biens, quoique le retrait s'appliquât, en règle générale, aux biens propres seulement, quelques Coutumes, par ampliation, l'avaient étendu aux conquêts, c'est-à-dire, à cette partie de la fortune qui provenait des économies ou de l'industrie personnelle. C'était évidemment dépasser le but rationnel de l'institution [2].

Le retrait successoral, à cause de son affinité avec le retrait seigneurial ou féodal [3], fut aboli par les décrets de l'Assemblée constituante des 17-19 juillet 1790. Mais, par sa nature et son but, le retrait devait disparaître de notre nouvel ordre de successions; car il était essentiellement antipathique aux principes démocratiques de la Révolution, qui favorisaient la diffusion des fortunes, la transmissibilité du sol, et la liberté la plus absolue des transactions.

[1] *Bourbonnais*, art. 422. *Auvergne*, XXIII, 2. *Berry*, XIV, 1.

[2] *Touraine*, 152, 156. *Loudunois*, XV, 1. *Maine*, 358. *Anjou*, 346. *Poitou*, 319. *Saintonge*, 43. *Angoumois*, 55. *Normandie*, 452, 469-470. *Bretagne*, 298. *La Rochelle*, 29, 31, 32. Ajoutez-y les Coutumes de Bordeaux, de Dax, de Saint-Sever, de Bergerac, de Saint-Jean-d'Angely, et les Usages de Provence.

[3] Voy. le rapport de Merlin, du 17 juillet 1790.

Cependant l'art. 841 de notre Code civil [1] rappelle faiblement l'ancienne institution, quoique ce soit dans un autre but qu'il écarte les personnes non successibles du partage des successions, afin de ne pas les voir s'immiscer dans les secrets de famille, et porter dans les partages un esprit de chicane [2].

Dans l'ordre des successions consacré par nos anciennes Coutumes, les biens propres se trouvaient encore assujettis à deux règles particulières. La première (*paterna paternis, materna maternis*) avait pour but de conserver les biens dans la famille, en empêchant qu'ils pussent passer d'une ligne à une autre, et en établissant la distinction, que les biens venus du côté du père, et ceux venus du côté de la mère, retournassent à leur ligne respective. Cette règle fut aussi appliquée à la succession des fiefs; et, parce que les dé-

[1] « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. »

[2] Aussi ne sommes-nous point de l'avis des commentateurs qui font dériver l'article 841 C. c. de la Constitution Anastasienne sur les droits litigieux. C'est par l'art. 1699 C. c. que la loi française a adopté les vues du législateur romain, en mettant un frein à la cupidité des acheteurs de droits litigieux, et en supprimant la naissance de nombreux procès.

tenteurs les considéraient comme des propres de famille, et parce que les seigneurs avaient intérêt à ce que leurs fiefs ne passassent point à des familles étrangères, qui ne pourraient leur offrir ni la même sécurité, ni la même convenance.

Confirmée dans les Coutumes réformées, la règle *paterna paternis, materna maternis* a été abolie par la loi du 17 nivôse an II. Le législateur, voulant mettre un terme à ces interminables recherches sur l'origine des biens, et désirant diviser et fondre autant que possible les fortunes, prescrit le partage égal des successions par moitié, entre les lignes paternelle et maternelle. Le Code civil (a. 746-755) a suivi ce principe, en ajoutant qu'à défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succéderaient pour le tout. Pour ce cas, déjà plusieurs Coutumes [1] s'étaient départies de la rigueur du principe, en admettant la dévolution d'une ligne à l'autre; d'autres en avaient suivi les conséquences avec une telle rigueur, qu'à l'extinction d'une ligne, elles attribuaient la succession au fisc.

La seconde règle, appliquée aux successions

[1] *Paris*, 330. *Calais*, 118. *Laon*, 82. *Châlons*, 97. *Reim*, 316. *Orléans*, 326. *Berry*, XIX, 1.

des propres, était celle qui défendait à ces biens de remonter aux ascendants. La règle coutumière « Propre héritage ne remonte », présente un exemple frappant de l'effet réciproque des institutions germaniques et des institutions féodales. Si la succession des fiefs a adopté la règle de ne pas laisser venir les biens d'une ligne à une autre, de son côté la législation coutumière a emprunté à la législation féodale l'exclusion des ascendants, pour la succession des propres.

Le livre des Fiefs l'avait établie en ces termes absolus : « *Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt : verbi gratia, pater filio*[1]. » En effet, les fiefs étant tous primitivement concédés à charge de service militaire, il importait que les hommes qui les desservaient fussent jeunes et aptes à ce service; mais il y avait encore cet autre motif inhérent au régime féodal, que la succession aux fiefs ne reposait pas sur les liens du sang ni sur la parenté, mais sur l'investiture tacite ou expresse du seigneur. La transmission héréditaire des terres féodales fut l'effet de la concession ou de la faiblesse des suzerains. Il n'y avait, à proprement dire, point de

[1] *Lib. Feud.*, II, t. 50. Le droit anglais dit de même : « Terre discendra del Pere al Fils, mes nenny del Fils al Pere, car ceo est une ascension. »

succession de famille, la mort ne saisissait point le vif; et ce qui prouve, que ce qu'on appelle la succession du fief n'a été au fond qu'une concession nouvelle, ce sont les procédures de foi, d'hommage, de saisine et de relief, auxquelles le fils était tenu, pour se mettre en possession régulière du fief paternel.

Cette exclusion des ascendants, inconnue aux Coutumes germaniques des premiers siècles, fut étendue aux alleux propres, en France, en Angleterre, et dans tous les pays où le régime féodal avait eu quelque influence. Elle était rigoureusement suivie dans les pays coutumiers de France; et les anciens praticiens, comme *Masuer*[1], enseignent que le fisc excluait les ascendants de la succession des descendants. Mais les Coutumes réformées ne conservèrent point rigoureusement ce principe. Du temps de De Laurière, la règle «Propres ne remontent» ne signifiait plus que l'exclusion des ascendants par les descendants et les collatéraux de la ligne, à laquelle les biens appartenaient, car les ascendants étaient appelés à défaut d'autres héritiers et excluaient le fisc.

Une exception avait été faite de tout temps à la règle qui défendait aux propres de remonter;

[1] *De successionibus*, n° 8. Voy. les anciennes Coutumes citées par De Laurière dans ses notes sur l'art. 312 de la *Coutume de Paris*, et dans ses notes sur Loysel, II, 5, 16.

c'était pour le cas où il s'agissait d'un bien donné par un ascendant à un descendant prédécédé. Ce droit de retour, qui était en rapport avec le sentiment qui dicte le plus souvent aux ascendants leurs libéralités, consacré par les Coutmes, respecté par la législation intérimaire de la République, et confirmé par l'art. 747 du Code civil, a si bien été motivé par Beaumanoir [1], que nos législateurs de 1804 n'ont pas pu trouver de meilleures raisons pour légitimer cette exception à l'ordre commun des successions.

La succession ouverte était en général déférée au plus proche degré, mais les appelés, en pareil degré, n'héritaient point par portions égales. Le privilége des mâles et le droit d'aînesse, l'un, vestige des anciennes lois germaniques, l'autre, produit de la féodalité, sont restés dans notre législation coutumière comme une protestation vivante contre les idées d'égalité, que la philosophie du dix-huitième siècle soufflait sur la France.

Quand nous avons exposé l'organisation de la famille germanique [2], nous avons déjà signalé la

[1] Il est curieux de comparer les motifs de ce vieux praticien (ch. XIV, n° 22, édit. Beugnot), avec ceux donnés par les orateurs du gouvernement consulaire, lors de la discussion de l'art. 747 du Code civil.

[2] Voir plus haut, ch. IV, p. 155.

computation parentélaire dont les peuples de cette race se sont servis pour déterminer la proximité du degré de parenté; cette computation, qui se confondait avec celle adoptée par l'Eglise et la législation canonique, avait été généralement remplacée, lors de la réformation des Coutumes, par la computation romaine; et ce n'est que par exception que quelques Coutumes sont restées *souchères*, en conservant l'ancien mode de compter par souche, tronc et lignage [1]. Cependant la manière de compter les degrés, la question de la représentation, et celle du double lien, tout en donnant la clef d'une multitude de dispositions dans nos Coutumes, n'ont pas sensiblement affecté l'organisation de la famille. Il en est autrement des priviléges de masculinité et d'aînesse, car c'est par leur suppression, que l'idée et le principe de l'égalité ont triomphé dans l'organisation de la famille.

Nous l'avons dit plus haut [2], l'infériorité de la femme dans la famille est un fait général dans l'enfance du genre humain, et a sa raison d'être dans l'état de la société, telle qu'elle existe alors. Nous y avons montré cette idée dominant dans toutes les lois germaniques, quoique avec

[1] Par ex. les *Coutumes de Nivernais* et de *Bayonne*.
[2] Ch. IV, p. 160.

des formes diverses et à des degrés différents. Nous avons exposé, dans le même chapitre, l'influence de l'Eglise et des principes de la législation romaine, qui poussait sans cesse à faire obtenir aux femmes une place plus large et des droits plus étendus dans l'organisation domestique. Malgré ces causes favorables aux femmes, la préférence des parents mâles dans les successions resta le fond de notre législation coutumière.

C'est que la féodalité avait donné un nouvel appui à cette préférence des mâles de la famille. C'est l'esprit militaire de la bande germaine qui acquiert de nouvelles forces; le fief doit être possédé par celui qui peut le défendre l'arme à la main, et le vassal doit le service militaire à son suzerain; la femme se trouve donc nécessairement exclue de la possession du fief par la nature même des choses. Tout dans la féodalité, à son époque absolue, respire cette écrasante supériorité du sexe mâle. Les mots de *baron*[1], de *vassal*[2], d'*hommage*[3], excluent toute pensée au sexe plus faible, et la cérémonie d'investiture était dans l'origine telle, qu'on a été obligé de la modifier,

[1] *Baro*, *varo*, *war*, *wer*, *vir*, signifient *homme* dans des idiomes divers.

[2] *Vassal* vient du scandinave *vask*, brave.

[3] *Hommage* est jurer d'être *homme*.

lorsque les femmes furent admises plus tard à la possession des fiefs.

Une autre institution, inconnue à la famille primitive de la Germanie, mais produite par la tenure des terres, nécessitée par les exigences de la féodalité, et conservée depuis par les nobles comme un puissant moyen de concentrer les fortunes dans une seule main et de perpétuer ainsi la splendeur de leurs familles, fut le droit d'aînesse. En effet, le fief étant concédé à charge de service militaire, ce service impliquait nécessairement son indivisibilité. Quand, plus tard, les familles eurent obtenu ce qu'on appelle l'hérédité des fiefs, qui n'était point au fond une succession véritable fondée sur les liens du sang, mais plutôt une investiture tacite, une concession chaque fois renouvelée, c'est toujours au chef de la famille seul, à l'aîné de chaque génération, que le fief tombait en partage. Le fils aîné du seigneur était considéré comme un héritier présomptif, comme le dépositaire futur du nom, de la gloire, du pouvoir et des domaines paternels. Cependant, de bonne heure et dans la plus grande partie des pays coutumiers de France, le droit d'aînesse perdit son caractère absolu, et les fiefs inférieurs devinrent divisibles : l'aîné ne prenait plus toutes les terres en excluant complétement ses puînés, mais il prenait toujours

le fief ou le manoir principal, et il héritait d'une part plus importante que les autres enfants [1].

Le droit d'aînesse de la féodalité reposait ainsi sur une base politique, sur une nécessité sociale de l'époque, et c'est ce qui le distingue profondément du droit d'aînesse, tel qu'il existait chez les Orientaux. Là, c'étaient en effet des raisons puisées dans les idées religieuses ou bien dans la nature naïve de l'homme primitif, qui ont assigné des priviléges au premier-né. Chez les Indous, chez les disciples de Zoroastre, le premier-né rachète le père du tourment de l'enfer, c'est par lui que le père acquitte sa dette et obtient l'immortalité. Chez les Arabes, chez les Hébreux, le père adore dans son aîné le premier fruit de sa création, le premier gage de son amour : « Ruben, s'écrie Jacob sur son lit de mort, toi mon premier-né, toi le fruit de mes jeunes années, les prémices de ma force ! »

Du reste, l'aristocratie nobiliaire et la bourgeoisie vaniteuse des siècles suivants cherchèrent à profiter des institutions de la féodalité, afin de concentrer et de perpétuer dans leurs familles la puissance et la richesse. Elles s'approprièrent ainsi des institutions, qui auraient dû mourir avec la féodalité; car déjà ni le droit d'aînesse,

[1] Voy. plus loin, p. 257, et le texte de Loysel, à la note.

ni le privilége de masculinité n'avaient plus de raison d'être, quand l'Assemblée constituante, par son décret du 15 mars 1790, les enveloppa dans la ruine commune des anciennes institutions féodales.

En parcourant les dispositions des principaux monuments de notre législation coutumière, on se pénètre de ce fait, que ce sont constamment les familles féodales et nobles qui ont tenu au principe de l'inégalité, tandis que les idées d'égalité pénétraient partout dans les familles roturières et bourgeoises. Ainsi, dans la législation féodale des *Assises de Jérusalem*, les mâles et les aînés excluent les femmes et les puînés de la succession. Le livre le plus ancien de Philippe de Navarre nous a conservé cette exclusion dans toute sa pureté et dans le style naïf de son siècle :

« Et de tel endroit ouy-je parler à monseigneur de Baruth le vieil maintes fois, et disant que s'il n'y eût eu que fils d'un jour, et il eût quarante filles, n'y auraient-elles droit, car fille ne peut être droit hoir devant fils. Et l'assise fut faite pour l'avantage du droit hoir[1]. »

L'*Assise* de Jean d'Ibelin[2], d'une date un peu plus récente, favorise les femmes en ce sens,

[1] *Philippe de Navarre*, ch. LXIX, édit. Beugnot, p. 539.
[2] Ch. CXLVIII, édit. Beugnot, p. 224.

qu'elle les appelle à la succession des fiefs, quand le nombre en excède celui des héritiers mâles. La règle générale de l'exclusion des femmes par les mâles du même degré se trouve reproduite dans le chapitre CCCLVIII de la Cour des Barons[1]. En général, la primogéniture décide entre plusieurs héritiers quand ils excèdent le nombre des fiefs; et, entre sœurs même, l'aînée jouit de quelques avantages sur ses puînées, selon les Assises de la Haute-Cour.

Dans la succession non féodale, les *Assises de Jérusalem* ne consacrent point les priviléges de masculinité et d'aînesse. Le livre du Plédéant (chap. XXXVII), espèce de paraphrase des Assises de la Cour des Bourgeois, qui contient la procédure en usage devant la Cour du Visconte, en énumérant les divers héritiers, appelle, sans aucune distinction de sexe ou d'âge : 1° les enfants légitimes; 2° les plus proches parents, et 3° le seigneur de la terre. Mais une disposition de la Cour des Bourgeois, qui se retrouve dans les Usances de l'empire de Romanie ou Coutumes de l'empire Latin[2], semble obscurcir la

[1] *Assises de Jérusalem*, édit. La Thaumassière.

[2] Cap. XXXVIII : « Se l'homo muor intestado, la moier succiede in li beni mobeli et inmobeli burgexiatichi; ma si ello non havera moier, lo filiol succiede, et se li sera floli o fie, tuti succiede engualmente. » — On sait que les *As-*

question, en déférant la succession de l'homme marié à sa veuve, à l'exclusion des enfants, ascendants et collatéraux, ajoutant comme motif : « parce que personne n'est aussi droit héritier du défunt, que sa femme légitime [1] ». M. Pardessus [2] a cherché à vaincre cette difficulté, en disant que c'était à simple titre d'usufruit, que les biens passaient à la veuve roturière. Cependant le texte formel de l'Assise s'oppose à cette explication, quoique l'effet de la disposition fût le même qu'un simple usufruit, puisqu'au décès de la veuve, les enfants recueillaient la succession. Nous pensons que c'est dans l'intelligence confuse de la communauté conjugale, qui se développait déjà à cette époque entre époux roturiers et bourgeois, qu'il faut chercher l'explication de ce texte. La veuve était censée continuer la communauté jusqu'à sa mort, et ce qu'elle fai-

sises de Jérusalem ayant acquis une grande autorité dans l'empire fondé à Byzance par les Croisés, un abrégé de ces statuts fut rédigé en langue vulgaire italienne par les soins de la république de Venise, qui succéda à une grande partie des possessions de l'empire Latin. C'est ce recueil, conservé et imprimé dans la collection de Canciani, vol. III, p. 493 et suiv., qui est connu sous le titre : *Liber consuetudinum regni Romani*, ou *Coutumes*, *Usances*, *Assises de l'empire Latin*.

[1] Ch. CLXIV *de la Cour des Bourgeois*.

[2] *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, p. 85.

sait comme parsonnière, l'Assise le lui attribue à tort comme héritière.

Selon les anciens usages d'Artois[1], écrits vers l'année 1300, et qui ne sont qu'un remaniement, pour cette province, du *Conseil à un amy*, de Pierre de Fontaines, l'aîné prenait les quatre quints des fiefs. D'après les *Etablissements de saint Louis*[2], et la très-ancienne Coutume de Normandie[3], le droit de primogéniture avait lieu dans les familles nobles, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale[4]. Lorsqu'il existait des héritiers mâles, le fils aîné prenait les deux tiers des terres avec le manoir principal; lorsqu'il n'y avait que des filles, l'aînée prenait le fief principal et un *coq*[5]; c'est ainsi que s'appelle cet avantage des aînés, qui figure encore souvent dans les Coutumes plus récentes, sous le nom de *vol du chapon*. Dans le sens primitif, c'était un espace de terrain de l'étendue du vol d'un coq ou

[1] *Anciens usages d'Artois*, tit. XXXVII.

[2] Liv. I, ch. VIII, X, XII.

[3] *Etablissements et Coutumes, Assises et arrêts de l'Echiquier de Normandie au treizième siècle*, édit. Marnier, Paris, 1839, p. 9, 14, 64, 72 et 192.

[4] Dans les *Coutumes de Beauvoisis*, ch. XIV, il n'y avait point de privilége d'aînesse en ligne collatérale.

[5] Communément le droit d'aînesse n'existait point entre sœurs. Beaumanoir, ch. XIV, *Grand Coutumier*, lib. I, t. II, ch. XXIX. Loysel, *Instit. cout.*, IV, 3, 81.

d'un chapon. En cas de concours entre fils et filles, le frère devait un *mariage avenant*, c'est-à-dire une dot convenable à ses sœurs non mariées, et un *supplément d'avenant* à la sœur mariée qui n'avait pas reçu de dot de son père. En Normandie, l'aîné devait même à ses frères, en cas d'insuffisance de biens, des *vivres avenans*, c'est-à-dire de quoi vivre convenablement[1]. Dans les familles roturières, au contraire, fils et filles, frères et sœurs, partageaient à parts égales, selon ces mêmes *Etablissements de saint Louis*[2]; et Beaumanoir enseigne, qu'en *villenages* il n'y avait de différence ni de sexe ni d'âge[3]. Enfin, à part quelques variations de détail, les mêmes principes et les mêmes règles sur le partage des successions se retrouvent dans tous les monuments de la première époque coutumière.

Si nous parcourons maintenant la légion des Coutumes, après leur rédaction officielle, nous verrons encore, malgré l'influence des jurisconsultes, imbus des principes du droit romain, qui avaient exercé une grande influence sur ces rédactions, que les anciennes inégalités de sexe et d'âge se sont partout conservées, sous une forme

[1] Marnier, p. 9, 10, 71 et 192.
[2] Liv. I, ch. CXXXII et CXL.
[3] Edit. Beugnot, p. 79 et 402.

mitigée, il est vrai, et seulement pour les personnes et les terres nobles ; quoique dans plusieurs pays la haute roture eût imité la noblesse, en déférant les successions selon le droit d'aînesse et de masculinité.

L'investissement exclusif du fief par le fils aîné est devenu le préciput des nobles[1], un avantage qui figure tantôt sous le nom de coq, tantôt sous celui de vol de chapon. L'infériorité des femmes ne consiste plus, dans la majorité des pays coutumiers, qu'en une part d'héritier moindre que celle du mâle du même degré. Ce n'est que par exception que quelques Coutumes ont persisté dans une très-grande rigueur envers les femmes[2].

[1] Loysel, *Instit. coutum.*, l. IV, t. III, règle 60 : « Avant que les fiefs fussent vraiment patrimoniaux, ils étaient indivisibles, et baillés à l'aîné, pour lui aider à supporter les frais de la guerre, et quasi comme *prædia militaria*, qui ne venaient point en partage. » Règle 61 : « Depuis les puînés y ont pris quelques provisions et apanages..... » Règle 62 : « L'aîné prenant toujours quelque avantage selon la diversité des Coutumes. Et par aventure, serait-il raisonnable qu'il prît le double de chacun des autres enfants ? » Règle 63 : « Surtout le chef-lieu, ou maître manoir entier, ou, au lieu d'icelui, le vol du chapon, qui est un arpent de terre ou jardin ; marque de l'ancienne frugalité de nos pères. »

[2] Voir plus loin les dispositions des Coutumes de Marsan, de Boulenois, de Bourbonnais, d'Auvergne, de Normandie, et de la Haute-Marche.

Ainsi, dans la ligne descendante, le droit d'aînesse et celui de masculinité étaient reçus à l'égard des fiefs, tant entre nobles qu'entre roturiers, dans la France proprement dite, dans l'Orléanais, le Vermandois et dans la plus grande partie de la Champagne, de la Picardie, de l'Artois et du Poitou ; à l'égard des fiefs entre nobles seuls, dans l'Aunis, l'Angoumois, la Haute-Marche, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Berry et le Nivernais; entre toute sorte de personnes, pour toute espèce de biens, dans le Ponthieu, le Boulenois, et, jusqu'à un certain point, en Normandie; pour toute sorte de biens entre nobles, et entre roturiers pour les fiefs seuls, dans la Grande-Perche, la Touraine, le Laudunois, le Maine et l'Anjou; enfin, en Bretagne, pour les fiefs et les meubles entre nobles, et pour les fiefs seuls entre roturiers. Les Coutumes sont tellement variées sur ce point, que *Klimrath*[1], après les avoir classées et coordonnées, distingue encore treize différents systèmes. La prérogative de l'aîné, le *vol du chapon*, différait aussi selon le nombre des cohéritiers. Les filles ne jouissaient pas de cet avantage dans les Coutumes du pays de France proprement dit, ni dans l'Orléanais, tandis qu'elles l'avaient à Cler-

[1] Dans ses excellentes *Etudes sur les Coutumes*, p. 141 et s.

mont en Beauvoisis et dans le ressort de la Coutume de Tours [1]. Dans la Champagne et le Vermandois, les filles étaient exclues du droit d'aînesse, et ne prenaient que la moitié d'un fils puîné [2]; mais il leur appartenait dans le Poitou, dans l'Angoumois, dans les Coutumes de La Rochelle, de Saintonge, d'Amiens, d'Artois, de Péronne, de Chauny, de Ponthieu, dans le Boulenois, la Touraine et le Laudunois; dans toutes les autres Coutumes elles en étaient privées.

La plupart des pays coutumiers faisaient concourir les filles avec les fils, soit qu'ils ne leur accordassent que la moitié d'une part de puîné, soit qu'ils les admissent à un partage égal avec eux; mais quelques Coutumes étaient très-sévères envers les femmes. Celles du Bourbonnais, d'Auvergne et de la Haute-Marche excluaient les filles mariées tant qu'il y avait des mâles [3]. De même, selon la Coutume de Normandie [4], tant qu'il existait des mâles ou des descendants d'eux, les femmes et leurs descendants étaient

[1] Klimrath, p. 142. *Coutume de Clermont en Beauvoisis*, art. 81-86. Pothier, *Traité des successions*, ch. II, art. 2.

[2] *Cout. de Laon*, *Reims*, *Châlons*, *Vitry*, *Troyes*, *Chaumont*, chez Klimrath, p. 143.

[3] Klimrath, p. 144.

[4] D'Argentré, sur l'art. 224 de la *Coutume de Bretagne*.

absolument exclus de la succession aux propres, et ne pouvaient demander que le mariage avenant. Dans les acquêts et les meubles, les sœurs étaient exclues par les frères, et les descendants des sœurs par ceux des frères.

Dans les Coutumes générales des trois bailliages de Nancy, des Vosges et d'Allemagne [1], si les filles étaient exclues en succession directe de gentilshommes par les fils et leurs descendants; en ligne collatérale, les sœurs l'étaient par les frères et leurs descendants. La Coutume de Marsan (tit. *des Success.*, art. 1) portait que « les enfants mâles déboutent les femelles de tous biens avitins et acquêts »; et (art. 2) « audit cas n'est loisible à la femme de demander légitime ou supplément d'icelle... mais seulement sera mariée et dotée honestement selon la faculté des biens [2]. L'ancienne Coutume de Paris excluait tout enfant marié, même les mâles, de la succession [3]; la Coutume réformée, au contaire, ne refusait point la capacité d'hériter à la fille mariée, quelque considérable qu'eût été sa dot [4].

[1] Tit. II, art. 1. — Ces Coutumes formaient le droit commun de la Lorraine.

[2] Voir sur l'exclusion des filles dotées : Lebrun, I, ch. IV, sect. 5.

[3] Lebrun, I, ch. IV, sect. 4, n° 11.

[4] Pothier, *Traité des succ.*, ch. I, art. 4, p. 367.

En ligne collatérale, les Coutumes présentent encore la plus grande diversité : en général, le droit d'aînesse ne s'y trouve pas établi comme dans la ligne droite [1]. « Celui qui n'a pas d'enfants n'a pas de premier-né », dit Lebrun, dans son Traité des successions [2].

Par contre, la prérogative des mâles y est presque générale [3]. Dans les Coutumes de Paris et autres de la France proprement dite, comme dans celle d'Orléans (a. 99), les mâles venant de leur chef excluaient les femmes en pareil degré, et lorsqu'ils venaient par représentation, ils concouraient avec elles au degré inégal. En général, quand l'héritier venait de son chef, on avait égard à son sexe et non à celui de la personne dont il descendait; quand, au contraire, l'héritier venait par droit de représentation, c'était le sexe de la personne représentée qui était pris en considération [4]. A Châteauneuf, l'exclusion des femmes, en ligne collatérale, était perpétuelle tant qu'il y avait des mâles; mais elles

[1] Les Coutumes d'Amiens, d'Artois, du Poitou et du Maine établissaient, par exception, le droit d'aînesse en ligne collatérale.

[2] Liv. II, ch. II, sect. 1, n° 1.

[3] La Coutume d'Auxerre, art. 59, donnant aux mâles et aux femelles en ligne collatérale des portions égales, fait exception à cette règle. Lebrun, II, ch. II, sect. 2.

[4] Pothier, *Traité des successions*, ch. II, art. 3.

n'étaient exclues que par les mâles du même degré dans les Coutumes de Mantes, de Beauvoisis, de Champagne, de Vermandois, de Sens, d'Amiens, d'Artois, de Péronne, de Chauny et de Grand-Perche ; en Nivernais, elles étaient même exclues par les descendants des mâles. Quant à la Normandie, nous avons vu, plus haut, qu'à l'égard des propres, l'exclusion des femmes était perpétuelle, c'est-à-dire tant qu'il existait des mâles ; et qu'elles n'étaient exclues à l'égard des meubles et des acquêts que par les mâles du même degré[1]. La Coutume de Bretagne n'a point été plus favorable aux femmes; l'art. 557 excluait de la succession toute fille noble qui avait été suffisamment *apparagée*[2]. Ces règles admettaient encore des nuances : la préférence des mâles s'appliquait tantôt à tous les biens, tantôt aux immeubles ou aux fiefs ou aux francs-alleux nobles seulement; la condition noble ou roturière de l'héritier exerçait également son influence.

Les Ordonnances des rois de France qui ont rapport à la succession *ab intestat* ont contribué généralement à mettre les femmes sur un pied égal avec les héritiers mâles.

[1] Cauvet, *De l'organisation de la famille selon la Coutu de Normandie* (*Revue de législ.*, juin 1847, mai-juin 1848).
[2] Lebrun, I, ch. IV, sect. 4, n° 20.

Une Ordonnance de Charles IX prescrit, qu'en Briançonnais, les mâles et les femelles succèdent également, qu'ils soient nobles ou roturiers, n'importe de quelle ligne, et que les biens soient fiefs ou alleux, pourvu que ce soit le plus proche parent qui succède [1]. Une autre Ordonnance fait succéder mâles et femelles dans les fiefs situés en Dauphiné [2]. Louis VIII déclara, dans les priviléges de Bourges et Dan-le-Roi, qu'il comprenait sous le mot *héritiers* les fils et les filles, les petits-fils et les petites-filles, les frères et les sœurs [3]. Quelquefois les rois confirmaient la succession du droit romain, qui ne reconnaissait aucune différence de sexe. Telles étaient l'Ordonnance de Philippe II, relative à la baronie de Mirepoix, et celles concernant les biens de *Roger-Bernard-de-Levis* et les terres de la sénéchaussée de Carcassonne [4]. Malgré cette tendance des Ordonnances à favoriser les femmes dans les successions, l'Edit de Saint-Maur de 1567, appelé l'édit des mères, respirait un esprit tout à fait contraire. Prétextant le désir de relever la puissance des maisons nobles, la royauté de cette époque circonscrivit les droits d'héritier

[1] *Ordonn. des rois de France*, VII, 723.
[2] *Ibid.*, IX, 37.
[3] *Ibid.*, XI, 321.
[4] *Ibid.*, XII, 14.

que la mère tenait de la loi romaine[1]. Cet édit, qui rencontra beaucoup d'opposition dans les provinces du Midi, n'admettait la mère qu'à la succession des meubles et conquêts venus de la lignée maternelle, et ne lui laissait que l'usufruit de la moitié des biens propres laissés par ses enfants. Louis XV, par son Ordonnance de 1729, abrogea l'Edit de Saint-Maur, et rendit les différentes provinces, sur ce point, au règne de leurs Coutumes.

Plusieurs Coutumes de France avaient admis les renonciations des filles à la succession de leurs père et mère, par contrat de mariage. Cette renonciation n'était valable que pour le cas où il existerait des héritiers mâles. Dans les familles nobles, les filles ayant été dotées à leur mariage étaient exclues de plein droit de la succession de leurs parents; mais, dans les familles roturières, les filles ne perdaient leurs droits héréditaires que par des actes de renonciation expresse[2]. Toutefois ils devenaient nuls par la mort de ceux en faveur desquels ils étaient faits, ainsi que

[1] Auth. *Defuncto*, Cod. *De succ. ab intest.*

[2] Il y avait par exception quelques Coutumes, comme celles du Bourbonnais, art. 305, et de l'Auvergne, t. XII, art. 205, d'après lesquelles les filles de roture étaient également censées avoir renoncé tacitement, du moment qu'elles avaient été dotées.

CHAPITRE VII.

DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE PAR LES LOIS DE L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE ET PAR LE CODE CIVIL.

Nous voici arrivés à l'époque révolutionnaire. Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet, déjà trop vaste, d'exposer les causes de cette grande rénovation sociale, qui commença en 1789, et qui se poursuit encore sous nos yeux et à l'époque où nous écrivons, tant en France que dans une grande partie de l'Europe. Ce qui nous importe, c'est de rechercher quels furent les effets de cette révolution sur les lois constitutives de la famille, et comment les principes de *liberté* et d'*égalité*, au nom desquels la France allait se régénérer, ont réagi sur cette partie du droit civil.

Faisons d'abord la part de chacun de ces éléments. La liberté réagit plus spécialement sur la société politique; l'égalité fit passer son niveau plus directement sur la société civile et la constitution de la famille. Cette distinction cependant

n'est pas absolue; elle sert plutôt à indiquer la plus grande part d'activité que chacune de ces deux grandes idées de 1789 a exercée dans l'ordre politique et civil; car, pour prendre un exemple, la suppression de la noblesse, du clergé et du tiers Etat a été dans l'ordre politique l'effet de l'égalité, tandis que l'indépendance des transactions, la suppression des biens propres, et l'abrogation du retrait successoral, sont dans l'ordre civil des mesures dues à l'esprit de liberté.

L'Assemblée constituante de 1789 a été une réunion de législateurs comme l'histoire du genre humain en a rarement produit; et, quelles que soient les louanges qu'on lui a décernées, la France et l'Europe n'ont pas assez reconnu ce que cette réunion d'esprits nobles et élevés a fait pour la civilisation. Ce que les philosophes de l'antiquité et les préceptes du christianisme avaient posé de plus sublime en théorie, le triomphe de la raison sur la force, du droit sur le fait, de la justice sur la violence, du principe spiritualiste enfin sur le principe matérialiste, l'Assemblée constituante le fit passer de l'ordre des idées dans l'ordre des faits, de la théorie dans la pratique.

On peut dire hardiment que 1789 a été la réalisation de toutes les grandes idées qui avaient germé dans le genre humain. L'école stoïque de

Labéon, à Rome, avait entrevu cette grande vérité, que *le droit* devait être fondé sur *la raison;* aussi est-ce le règne de la raison que la Révolution française va désormais inaugurer. « Ce n'est pas dans de vieilles chartes, s'écrie Mirabeau, l'homme des idées de 1789, où la ruse, combinée avec la force, a trouvé les moyens d'opprimer le peuple, qu'il faut chercher les droits de la nation; *c'est dans la* RAISON ; ses droits sont anciens comme le temps et sacrés comme la nature!... Il n'y a d'immuable que la *raison*, et elle détruira bientôt toutes les institutions vicieuses ! »

Le principe de l'égalité et de la fraternité des hommes, proclamé par la philosophie du Portique d'abord, par le christianisme ensuite; le principe de la liberté humaine, éclos de la philosophie des derniers siècles de la civilisation européenne, vont passer désormais dans les lois, et recevoir leur application dans l'organisation publique et domestique d'une grande nation. Les maximes de liberté et d'égalité, qui découlent de la raison humaine et sont basées sur la nature même de l'homme, vont être appliquées avec une logique sévère, sans être exempte de modération, aux institutions politiques, administratives, judiciaires, ecclésiastiques; aux personnes comme aux choses, à l'Etat comme à la famille.

La Constituante change toute la société, ou posa du moins les règles devant guider ceux qui achèveront plus tard le nouvel édifice.

Enfin, la grande idée d'unité, déjà rêvée par Louis XI [1], et que la France avait poursuivie sans relâche comme un fantôme, mais sans jamais pouvoir l'atteindre, la Constituante de 1789 la réalisa ou en jeta les bases. Plus de distinction de provinces, plus de pays coutumier et de droit écrit, plus de diversité dans la loi; mais une République une et indivisible, avec le même Code, les mêmes poids et mesures, la même monnaie, la même administration; voilà comment la France sortit de ce creuset révolutionnaire.

Dans les lois civiles, et surtout dans celles qui organisent les rapports de la famille, l'effet principal, dominant de la Révolution, fut l'application des idées de liberté et d'égalité, mais surtout de la dernière, car le cri de ralliement auquel les Etats généraux furent convoqués, avait été formulé par Mirabeau [2] :

« Guerre aux privilégiés et aux priviléges, voilà ma devise! »

Le cours naturel de la Révolution se trouva bientôt violemment arrêté et poussé hors de son

[1] Philippe de Commines, édition de Godefroy, p. 399.
[2] Lettre de Mirabeau, du 16 août 1788, dans les *Mémoires de Mirabeau*, vol. V, p. 189.

lit, car l'accord ne régna pas longtemps entre les hommes qu'elle jeta sur la scène politique. Les mauvaises passions qui couvent toujours et partout dans une partie de la population qui souffre, l'obstination et l'aveuglement des classes privilégiées, l'émigration et les projets hostiles de l'Europe coalisée sous les monarques, précipitèrent les hommes et les événements, et exagérèrent des principes vrais en eux-mêmes. Ce fut l'époque de 1792 à 1795. Les lois relatives à l'organisation de la famille, portées pendant cet intervalle par l'Assemblée législative et par la Convention, devaient nécessairement se ressentir de la tourmente des esprits. Aussi la *liberté* est près de périr, car toutes les tyrannies se ressemblent, et celle de la Convention ne lui était pas plus favorable que les autres. Quant à l'idée de l'*égalité*, elle dirige toujours les législateurs; mais, tandis que les lois émanées de la Constituante respiraient l'égalité du droit et de la raison, celles de la seconde période révolutionnaire sont dictées par cette égalité matérielle, impitoyable, qui veut tout accabler sous son niveau, que Vergniaud a comparée avec tant de justesse au lit de Procuste, et dans laquelle certains novateurs contemporains placent toutes leurs espérances.

La troisième époque de la Révolution fut celle du Directoire, époque de transition, placée entre

la Convention et le Consulat, comme l'époque de l'Assemblée législative avait été le trait d'union qui lia la Convention à l'Assemblée constituante. Plusieurs lois réparatrices furent votées alors dans l'ordre civil, abolissant les dispositions rétroactives ou exceptionnelles que l'exagération des idées de liberté et d'égalité avait produites quelques années auparavant.

Enfin arriva la quatrième époque, le Consulat ; période de réconciliation dans l'ordre politique et d'organisation définitive dans l'ordre civil. Deux jours après le 18 brumaire, le ministre de la justice annonce « qu'on va préparer dans le calme de la méditation et discuter avec sagesse des codes établis sur les bases immuables de la *liberté*, de l'*égalité des droits*, du *respect à la propriété* [1]. » Ce sont les saints principes de 1789 auxquels la France revient, et les consuls, à l'occasion de la nouvelle Constitution du 22 frimaire an VIII, proclament à la face du pays ces paroles mémorables : « Citoyens, la révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée ; elle est finie [2] ! »

La Révolution n'était pas finie, car 1830 et 1848 n'en sont que la suite ; mais la liberté et

[1] Adresse de Cambacérès, ministre de la justice, du 20 brumaire an VIII.

[2] Proclamation des consuls du 24 frimaire an VIII.

l'égalité civile furent désormais des vérités acquises, qui passèrent pour toujours dans nos lois, et le Consulat tint la parole donnée à son début, en dotant la France de ces codes qui font l'envie du monde civilisé, et qui porteront le nom de Napoléon plus loin que la gloire de Marengo et le martyre de Sainte-Hélène.

« Le Code civil, riche des lumières combinées de l'école romaine et de l'école française, a dit un auteur contemporain distingué [1], est un code essentiellement civilisateur. Il renferme trois caractères ; *tradition* des anciens principes, *transaction* entre les Coutumes et le droit romain, *originalité* puisée dans les idées de la Révolution de 89. »

Nous allons maintenant passer en revue les modifications que les lois intérimaires de la Révolution et le Code civil de 1804 amenèrent dans l'organisation de la famille ; nous suivrons le même ordre que dans nos précédents chapitres.

§ 1.

Mariage. Divorce. Autorité maritale. Régime des biens entre époux.

Le siége de la Bastille et l'insurrection des campagnes démontrèrent à la Constituante, à peine réu-

[1] M. Laferrière, *Histoire du droit français*, II, p. 519, Paris, 1836, 2 vol. in-8°.

nie, la nécessité d'abandonner le système des réformes successives, et d'entrer dans la voie révolutionnaire, en portant hardiment la cognée dans le vieil édifice social. L'Assemblée nationale sentit l'impérieuse nécessité de frapper un grand coup, pour conserver l'impulsion et la direction de l'opinion publique, et, dans la nuit du 4 août 1789, elle abolit tout ce qui rappelait le règne des priviléges, tout ce qui tenait de près ou de loin au régime féodal. Prérogatives de provinces, de communautés et de classes; droits féodaux et censiers, vénalité des offices, priviléges des aînés et des mâles dans la famille; tout fut sacrifié sur l'autel de la patrie. L'admissibilité, sans distinction de classe, aux emplois et dignités, et le rachat de tous droits qui grevaient la propriété libre, inaugurèrent dans cette nuit célèbre les principes de liberté et d'égalité, que la loi, dorénavant, devait appliquer aux hommes et aux choses. Cette égalité introduite entre le seigneur et le vassal, entre le noble et le roturier, entre le détenteur du fief et le propriétaire libre ou allodial, entre l'aîné et le puîné, entre les parents mâles et ceux du sexe féminin; cette suppression des distinctions entre le fief, la censive et l'alleu, devaient nécessairement renverser de fond en comble l'ancienne organisation de la famille, qui était basée sur la distinction des classes, sur les

priviléges d'âge et de sexe, sur la tenure différente des terres. Toutes les lois suivantes ne furent que la mise en pratique des grands principes proclamés le 4 août.

De même que l'Assemblée constituante renversa ce qui restait debout d'institutions féodales et en purgea la constitution domestique, elle s'empressa de supprimer tout ce qui était le produit de la réaction catholique, en sécularisant, pour ainsi dire, la famille. Nous avons vu, dans le précédent chapitre, comment l'Eglise, dès le douzième siècle, avait changé la nature du mariage, en transformant un contrat en un sacrement, et que tout ce qui tenait aux questions de mariage et de divorce avait été soumis à la juridiction de l'Eglise catholique. La royauté absolue, dans son alliance avec le catholicisme, avait plutôt favorisé que limité cette domination. Aussi l'empiétement de l'Eglise sur la loi civile avait été jusqu'à la rendre maîtresse des registres de l'état civil, constatant la naissance, le mariage et le décès, et cela, malgré l'Ordonnance de 1539, qui avait appelé les fonctionnaires laïques à assister les ministres de la religion dans la confection de ces actes.

La Constituante s'empressa de séparer le principe civil et le principe religieux dans l'union conjugale; mais, tout en déclarant que « la loi ne

considère le mariage que comme un contrat civil[1] », elle ne violenta point les consciences, et laissa subsister la bénédiction ecclésiastique.

La même Constitution de 1791 porta que le pouvoir législatif serait chargé d'établir, pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seraient constatés, et qu'il désignerait les officiers publics qui en recevraient les actes. L'Assemblée législative s'acquitta de cette obligation. Les trois grands faits de la vie furent placés, pour la certitude de leur existence légale, sous le contrôle des autorités municipales; leur forme, surtout celle du mariage, fut définie [2]; et la séparation du temporel et du spirituel, consommée de cette manière dans la région de la famille, fut définitivement consacrée par le Code civil.

Mais ce que les rédacteurs du Code ne confirmèrent point, c'est la facilité trop grande de contracter mariage et de le rompre ensuite, facilité que les idées exagérées de liberté individuelle avaient établie par le décret du 20 septembre 1792.

Les Girondins, par l'organe de Condorcet[3], avaient proclamé leur doctrine : il s'agissait de ga-

[1] Constitution de 1791, tit. II, art. 17.

[2] Décret du 20 septembre 1792. Décret du 6 fructidor an II.

[3] Rapport de Condorcet sur la Constitution. (*Choix des rapports*, t. XII, p. 228 et suiv.)

rantir aux citoyens réunis, en société civile, l'*exercice de la liberté naturelle*, et de consacrer, dans les institutions qu'ils allaient donner à la France, *toute l'égalité de la nature.* En exagérant ainsi les conséquences de la liberté individuelle, en ne tenant aucun compte de l'abdication de cette partie de la liberté nécessaire à la vie sociale, les nouveaux législateurs de la France avaient été amenés à traiter trop légèrement le mariage, qui est la base de la famille, et à relâcher les liens d'autorité entre les ascendants et leurs enfants. L'Assemblée législative fixa l'âge pour contracter mariage à quinze ans révolus pour les garçons, et à treize ans pour les jeunes filles; le consentement du père seul, et, lui mort ou interdit, celui de la mère seule était requis. Les mineurs orphelins devaient demander l'autorisation à un conseil de famille, composé de quatre parents et d'un juge de paix, qui ne pouvait empêcher l'union que pour certains motifs définis par la loi. Les aïeuls paternels et maternels n'avaient rien à y voir.

Dans sa réaction contre le catholicisme, la Législative admit le divorce avec une non moins grande facilité, et sous toutes les formes : divorce pour motifs déterminés, divorce par consentement mutuel, et, ce qui donnait lieu aux plus grands abus, parce que la volonté de l'un des époux suf-

fisait, divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère.

Les auteurs du Code civil sont revenus à des dispositions plus restrictives de cette liberté individuelle, qui ne saurait s'allier avec l'organisation de l'Etat et de la famille. L'âge pour se marier a été retardé, et la jeunesse, avec beaucoup de raison, a été forcée de se soumettre à l'autorité des parents ou des ascendants pour un acte aussi capital de la vie, où les passions ne servent que trop souvent de guides. En cette matière, comme en tant d'autres, les législateurs de 1804 ont fait preuve de cet esprit de modération et de conciliation, qui a été un de leurs plus grands mérites. Quant au divorce, tenant ferme et haut le principe de la sécularisation du mariage, le Code civil, contrairement aux décrets des conciles de l'Eglise catholique, a maintenu le principe de la dissolubilité du mariage, mais en supprimant le divorce pour incompatibilité d'humeur, en environnant de fortes garanties le divorce par consentement mutuel, et en réduisant les causes déterminées qui peuvent donner lieu à une demande en divorce, à l'adultère, aux excès, sévices ou injures graves, et à la condamnation à une peine infamante.

Des considérations politiques et la réaction du parti clérical ont fait abolir le divorce dans les

premières années de la Restauration [1]. Depuis cette époque, les Français non catholiques se trouvent dans une position singulière, exceptionnelle et contraire à la liberté de culte et de conscience proclamée par la Constitution, puisque, pour l'acte le plus important de la vie civile, ils sont tenus de suivre les règles d'une Eglise qui n'est pas la leur. En sécularisant le mariage, en lui donnant le caractère d'un contrat civil dont les règles lient tous les citoyens, le législateur français avait pris l'engagement de reconnaître la dissolubilité de ce contrat. La loi du 8 mai 1816, en faisant revivre le dogme catholique de la perpétuité du mariage, aurait au moins dû excepter les Français non catholiques. En Autriche, en Sardaigne, pays éminemment catholiques, la loi civile a formellement réservé aux protestants et aux israélites le droit de recourir au divorce [2].

Du reste, il est à espérer, du point de vue général de la sécularisation du mariage, dans l'intérêt

[1] Loi du 8 mai 1816.

[2] Codes civils d'Autriche, art. 115, de Sardaigne, art. 150. — Nous nous opposons de toutes nos forces à cette maxime produite il y a quelques années devant l'Académie des sciences morales et politiques, que l'Etat ait le droit d'imposer l'indissolubilité du lien conjugal, comme il impose la monogamie, et sans qu'on puisse lui reprocher de porter atteinte à la liberté des cultes. (Wolowski, *De la société conjugale*, Mémoire lu dans la séance du 17 janvier 1846.)

de la vraie morale et des bonnes mœurs, que le divorce sera rétabli dans nos lois. Nous avons l'intime conviction que le nombre des unions illicites qui désolent nos cités diminuerait dans une forte proportion, et que le nombre des mariages y gagnerait. Dans des jours plus calmes, quand les fausses attaques contre la famille auront cessé, on pourra rendre au divorce sa place dans le Code, qu'il n'a perdue que par un retour violent vers le passé.

La loi du 17-21 nivôse an II (6-10 janvier 1794), qui fut le complément des principes proclamés dans la nuit du 4 août 1789, et des décrets qui en furent les conséquences[1] dans le cercle des rapports réels de la famille, changea aussi profondément le régime des biens entre époux, tant dans les pays coutumiers que dans ceux du droit écrit.

D'abord les institutions contractuelles, d'origine germanique, qui n'avaient pas seulement pris une large place dans les Coutumes du Nord

[1] Tels que le décret des 15-28 mars 1790, qui abolit les droits d'aînesse et de masculinité, et posa le principe du partage égal des successions; celui des 19-23 juillet 1790, qui abolit le retrait lignager; les art. 3 et 4 du décret des 22 novembre-1er décembre 1790, qui permirent au conjoint survivant de succéder à défaut de parents; les décrets du 25 août-2 septembre, et des 14-25 octobre 1792 sur l'abolition des substitutions; celui des 8-15 avril 1791, réglant les successions *ab intestat;* celui des 7-11 mars 1793 sur la faculté de tester, et une foule d'autres décrets de moindre importance.

et de l'Est de la France, mais qui avaient même pénétré, malgré les lois romaines, dans les pays de droit écrit, et qui furent établies pour la France entière par l'Ordonnance de 1731, tombèrent sous la réforme radicale de l'Assemblée législative. Il aurait été trop facile d'éluder par ces *convenances de succéder*, faites à l'occasion des contrats de mariage, les règles nouvelles que la loi démocratique venait de prescrire pour la transmission des biens. La même loi, qui supprimait l'institution d'héritiers, devait logiquement supprimer l'institution contractuelle. Le douaire, l'augment de dot et les gains de survie, qui le remplaçaient utilement dans le Midi, partagèrent le même sort. Tout ce qui tendait à immobiliser la fortune, tout ce qui gênait la liberté des transactions, devait logiquement disparaître dans une législation dont le but principal était de diviser le sol, de le démocratiser par la facilité des transmissions, et de donner à la circulation des fortunes et à la liberté des transactions une plus vive impulsion. C'est encore par des motifs identiques, que les substitutions, les mainmortes et les retraits furent abolis par cette même loi de nivôse.

Par contre, elle suprima les limitations que les anciennes Coutumes avaient apportées aux avantages que les époux pouvaient se faire pendant le mariage, et mari et femme furent autorisés à

s'avantager pendant leur vie, même par donation entre-vifs et irrévocable. Le don mutuel, qui n'avait été permis qu'exceptionnellement dans quelques Coutumes, devint de la sorte une institution générale pour la France entière ; il n'y avait de restriction que pour le cas où il existait des enfants issus du mariage, car les avantages ne pouvaient alors excéder l'usufruit de la moitié des biens.

Le Code civil a largement puisé dans la loi du 17 nivôse an II, mais il n'a pas tout confirmé, se rapprochant sur plusieurs points importants de la législation antérieure. Mais avant d'examiner les donations et les avantages que le Code permet aux époux, jetons un coup d'œil sur le régime général des biens conjugaux, établi par notre législation actuelle.

Les auteurs du Code n'ont suivi aucun système particulier, quant au régime des biens entre époux ; ils n'ont fait que coordonner ce qui existait, en confirmant toutes les formes diverses qui avaient été jusqu'alors en usage en France, et en laissant le régime dotal, qui était celui des pays de droit écrit, subsister à côté du régime de la communauté, qui était celui des pays de Coutumes. La loi actuelle laisse en outre aux époux toute et entière liberté de régler leurs intérêts « comme ils le jugent à propos, pourvu que les stipula-

tions ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, aux droits de l'autorité maritale et paternelle, ni à l'ordre légal des successions [1]. »

Mais, tout en laissant aux époux la liberté de régler leur avenir, il fallait définir leur sort pour le cas où aucun contrat, aucune convention n'avait été faite de leur part. Les législateurs de 1804 ont voulu qu'en ce cas la communauté formât le droit commun de la France (art. 1393, 1400, 1496 du Code civil).

En donnant de cette manière la préférence au régime de la communauté sur celui de la dotalité, les auteurs du Code civil ont fait preuve, selon nous, d'une grande sagesse ; car l'association étant de l'essence même du mariage moderne, la communauté des biens est nécessairement le régime le mieux approprié. La dotalité, au contraire, née à une époque et dans des circonstances où la femme était loin d'être l'égale de son époux, a pu avoir sa très-grande utilité en sauvegardant les intérêts de l'épouse contre la mauvaise administration maritale; mais, en soi-même, le régime dotal répugne à l'essence du mariage, parce qu'il sépare des intérêts qui devraient être réunis, parce qu'il donne les bénéfices faits durant l'union au mari seul, ne tenant aucun compte de la collaboration de tous les

[1] Art. 1387-1389 du Code civil.

moments, qu'a pu donner l'épouse pour accroître et conserver la fortune de la maison.

D'ailleurs, la conservation de la dot, par combien d'autres inconvénients n'est-elle pas obtenue! La bonne foi, la morale, les besoins du commerce et la circulation des richesses ne souffrent-ils pas également du régime dotal? Donc, nous le répétons, nous partageons entièrement la prédilection des législateurs de 1804 pour le *principe* de la communauté dans les contrats de mariage; mais, quant au *régime* de communauté légale qu'ils ont établi dans le Code, nous faisons toutes nos réserves.

L'expérience de ce régime est faite aujourd'hui; il réclame impérieusement une réforme. La communauté légale, telle que le Code civil l'établit entre époux, est un système bâtard et tronqué. Il pèche par le manque de logique, car il a conservé l'existence des propres et des acquêts, tandis que cette distinction des biens, d'après leur origine, a été radicalement abolie dans toutes les autres parties de notre législation; il pèche par la distinction entre l'avoir mobilier et immobilier, qui manque de base dans l'état actuel de la société.

C'est, en effet, sous le rapport économique que notre législation civile se trouve le plus en arrière, et qu'elle est réellement en désaccord

avec les faits sociaux. L'accroissement prodigieux de la fortune mobilière, favorisée par une longue paix et par les merveilles de l'industrie, a créé une masse d'intérêts nouveaux, ne trouvant point ou pas assez de garanties dans les lois qui ont été faites pour une société agricole plutôt que commerçante et industrielle ; qu'on ne considère que les inscriptions de la dette publique, les actions des compagnies d'assurances, des compagnies de chemins de fer, et de toutes les autres sociétés industrielles, qui forment de nos jours un élément aussi nouveau qu'important de la richesse mobilière, et lui donnent un rôle énorme dans notre constitution économique.

Cette question, du reste, nous entraînerait trop loin, car elle touche au système des droits réels, au régime hypothécaire, à l'administration et à la garantie des biens des incapables, à la circulation de la propriété, enfin à la création et à la distribution des richesses. Mais, pour nous renfermer dans notre sujet, l'exclusion de la communauté, des immeubles possédés par les époux avant le mariage, n'a plus de sens aujourd'hui que, dans une grande partie de la nation, les fortunes sont surtout mobilières. La communauté universelle de tous les biens, tant meubles qu'immeubles, tant propres qu'acquêts, régime consacré par la sagesse et l'expérience d'une

grande partie de l'Allemagne[1], comme par la législation récente d'un peuple voisin [2], répondrait bien mieux à l'essence du mariage [3] et à l'état économique de notre société [4].

On a dit, avec infiniment de raison, que l'esprit de conservation et l'esprit d'accroissement de la richesse, l'immobilité et le mouvement, se reflétaient dans les deux formes admises par le Code; que le premier était représenté par le régime dotal, et le second par la communauté conjugale. Aussi la dotalité, qui immobilise une portion du sol, tend-elle à céder la place de plus

[1] Ce régime était le droit coutumier de la Franconie, de la Silésie, d'une partie de la Saxe et des villes de Cologne, de Brême, de Lubeck et de Hambourg. (Voy. Mittermaier, *Gemeines Deutsches Privatrecht*, §§ 387, 388 et 399.) Il est utile de remarquer que ces quatre dernières villes étaient de bonne heure parmi les plus commerçantes de l'Allemagne. La richesse mobilière y devait par conséquent acquérir une influence notable dans les lois.

[2] Le Code civil néerlandais de 1838, calqué en grande partie sur notre législation, a néanmoins établi la communauté universelle des biens entre époux. Dans un pays de commerce et d'industrie, où les capitaux mobiliers sont la richesse principale, notre régime français était une institution antipathique et contraire à la nature des choses.

[3] Ce motif est relevé par Hasse, *Skizze des Gueterrechts der Ehegatten*, § 3.

[4] Ce second motif est invoqué par *Wolowski, De la société conjugale*, Mémoire lu, le 17 janvier 1846, à l'Académie des sciences morales et politiques.

en plus au régime de la communauté, qui est mieux en harmonie avec un siècle demandant plutôt des institutions propres à acquérir qu'à conserver la richesse. Mais, nous le répétons, pour que la communauté entre époux réponde à son but, il faut qu'elle soit universelle, pour tous les biens, quelle qu'en soit la nature ou l'origine.

Aujourd'hui que le douaire est aboli, institution excellente en soi, mais qui avait été viciée par la législation coutumière et par l'entrave qu'elle mettait à la circulation d'une partie notable de la fortune publique, la femme n'a plus de garantie efficace contre le pouvoir administratif du mari; elle peut, il est vrai, renoncer à la communauté et se libérer des charges de la société, mais le douaire, qui lui restait toujours en ce cas sous l'ancienne législation, lui fait défaut; ses reprises ne sont pas suffisamment garanties, et la veuve du plus opulent peut être réduite aujourd'hui à la misère, par la mort et la mauvaise administration de son mari. Car cette hypothèque légale que la femme a sur les biens immobiliers de son époux, que devient-elle aujourd'hui, que la moitié au moins des maris ne possède pas un pouce de terrain?

Quant aux libéralités permises entre époux,

le Code civil en limite de nouveau la liberté établie par la législation intérimaire, en se rapprochant sur plusieurs points de l'ancien droit. Après avoir supprimé en principe les *convenances de succéder* (art. 791 C. c.), les auteurs du Code ont rétabli l'institution contractuelle en fait, sans la nommer, à l'occasion des contrats de mariage. Ils se sont contentés de la subordonner aux règles générales sur les donations et sur la quotité disponible (art. 1081 et 1090), en n'exigeant point l'acceptation expresse, et en la déclarant caduque si le mariage ne s'ensuivait pas (art. 1087-88).

En général, le Code civil est très-favorable à toutes les libéralités que les époux se font par le contrat même de mariage; le don mutuel, dont les traces se trouvent déjà dans les lois franques du sixième siècle, et qui avait survécu dans beaucoup de pays coutumiers, est permis par le Code dans le contrat de mariage, tandis qu'il est expressément défendu *pendant* leur union (art. 1097). Mais en imposant des limites aux dispositions gratuites que les époux peuvent se faire *pendant* le mariage, le Code va jusqu'à préférer, en certains cas, les étrangers au conjoint (art. 1094, al. 2). Le même esprit hostile a dicté l'art. 1098, qui défend à l'époux convolant à d'autres noces de donner à son nouveau conjoint

plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, puisque, par l'effet de cette disposition, l'étranger peut, en certains cas, recevoir plus que l'époux. Sur ce dernier point encore, le Code s'était rapproché de l'ancien droit, en confirmant l'édit des secondes noces de 1560.

En effet, les auteurs du Code se sont trop laissé dominer par les principes du droit Justinien, qui regardait la femme comme une étrangère, et il y a loin de leurs dispositions à cette opinion favorable émise par la Législative, « que les limitations des avantages entre époux étaient contraires à la morale publique, parce que l'espoir des libéralités respectives resserre le nœud du mariage et améliore ainsi le principal état de l'homme en société [1]. »

La disposition de notre loi successorale, qui n'appelle l'époux à hériter qu'à défaut de parents au douzième degré, et même après les enfants naturels, doit son origine à la même influence et à la même préoccupation. C'est encore un défaut capital depuis longtems reproché aux législateurs de 1804 [2]. L'époux a évidemment

[1] Rapport de Berlier sur la loi du 17 nivôse an II.

[2] Dans le courant de janvier 1851, une proposition de loi a été déposée à l'Assemblée législative, tendant à introduire dans le Code civil, en faveur de l'époux indigent, un genre particulier d'hérédité qui lui conférerait, tantôt un simple

une place trop infime dans l'organisation de la famille. Pousser à un tel degré la préférence des parents au conjoint survivant, c'est sacrifier l'union sainte du mariage à nous ne savons quelle aveugle logique des liens du sang.

Dans une législation bien faite et conforme à l'ordre présumé des affections du défunt, l'époux survivant devrait être appelé à hériter avant les collatéraux; car la femme qui a passé ses plus belles années à partager les plaisirs et les peines de son mari, l'époux qui a consacré sa vie en-

droit d'usufruit, tantôt un droit de propriété dans la succession de l'époux prédécédé. La Commission, par l'organe de M. Thomine Desmazures, tout en estimant qu'il y avait à cet endroit une regrettable lacune dans nos lois, avait conclu à ne pas la prendre en considération, attendu qu'elle était trop incomplète. L'Assemblée législative, malgré les conclusions contraires de sa Commission d'initiative, vient, à une forte majorité, et après les développements de M. Bourzat, l'un des auteurs de la proposition, de la prendre en considération. (V. le *Journal des Débats* du 8 février 1851.) Voici du reste le texte de la proposition :

« Art. 1er. Le droit du conjoint indigent, dans l'hérédité « de l'époux prédécédé, est réglé comme suit :

« Ce droit est fixé à l'usufruit du quart de la succession « lorsque le défunt n'a pas laissé plus de trois enfants du « premier degré. Si les enfants sont plus nombreux, ce « droit égale l'usufruit de la portion virile d'un enfant.

« Les enfants du deuxième degré, ou d'un degré ulté- « rieur, sont comptés pour l'enfant du premier degré, qu'ils « représentent.

« Art. 2. L'usufruit de l'époux survivant cessera de plein

plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, puisque, par l'effet de cette disposition, l'étranger peut, en certains cas, recevoir plus que l'époux. Sur ce dernier point encore, le Code s'était rapproché de l'ancien droit, en confirmant l'édit des secondes noces de 1560.

En effet, les auteurs du Code se sont trop laissé dominer par les principes du droit Justinien, qui regardait la femme comme une étrangère, et il y a loin de leurs dispositions à cette opinion favorable émise par la Législative, « que les limitations des avantages entre époux étaient contraires à la morale publique, parce que l'espoir des libéralités respectives resserre le nœud du mariage et améliore ainsi le principal état de l'homme en société [1]. »

La disposition de notre loi successorale, qui n'appelle l'époux à hériter qu'à défaut de parents au douzième degré, et même après les enfants naturels, doit son origine à la même influence et à la même préoccupation. C'est encore un défaut capital depuis longtems reproché aux législateurs de 1804 [2]. L'époux a évidemment

[1] Rapport de Berlier sur la loi du 17 nivôse an II.

[2] Dans le courant de janvier 1851, une proposition de loi a été déposée à l'Assemblée législative, tendant à introduire dans le Code civil, en faveur de l'époux indigent, un genre particulier d'hérédité qui lui conférerait, tantôt un simple

une place trop infime dans l'organisation de la famille. Pousser à un tel degré la préférence des parents au conjoint survivant, c'est sacrifier l'union sainte du mariage à nous ne savons quelle aveugle logique des liens du sang.

Dans une législation bien faite et conforme à l'ordre présumé des affections du défunt, l'époux survivant devrait être appelé à hériter avant les collatéraux ; car la femme qui a passé ses plus belles années à partager les plaisirs et les peines de son mari, l'époux qui a consacré sa vie en-

droit d'usufruit, tantôt un droit de propriété dans la succession de l'époux prédécédé. La Commission, par l'organe de M. Thomine Desmazures, tout en estimant qu'il y avait à cet endroit une regrettable lacune dans nos lois, avait conclu à ne pas la prendre en considération, attendu qu'elle était trop incomplète. L'Assemblée législative, malgré les conclusions contraires de sa Commission d'initiative, vient, à une forte majorité, et après les développements de M. Bourzat, l'un des auteurs de la proposition, de la prendre en considération. (V. le *Journal des Débats* du 8 février 1851.) Voici du reste le texte de la proposition :

« Art. 1er. Le droit du conjoint indigent, dans l'hérédité « de l'époux prédécédé, est réglé comme suit :

« Ce droit est fixé à l'usufruit du quart de la succession « lorsque le défunt n'a pas laissé plus de trois enfants du « premier degré. Si les enfants sont plus nombreux, ce « droit égale l'usufruit de la portion virile d'un enfant.

« Les enfants du deuxième degré, ou d'un degré ulté- « rieur, sont comptés pour l'enfant du premier degré, qu'ils « représentent.

« Art. 2. L'usufruit de l'époux survivant cessera de plein

civile actuelle, c'est la faible part d'autorité qu'elle a laissée au chef de famille. On dirait que l'ombre de Mirabeau se projette sur cette partie de notre Code : Mirabeau, cette victime de la tyrannie paternelle, qui a poussé à l'anéantissement du pouvoir du chef domestique, que le Code de 1804 n'a pas suffisamment relevé. D'ailleurs l'esprit militaire y a introduit l'article 374[1], qui est un nouvel empiétement sur l'autorité paternelle. Mais c'est moins encore par les dispositions sur la puissance paternelle même, que par les nouvelles règles sur les successions, l'égalité des partages, la limitation de la portion disponible, et surtout par la suppression de la faculté d'exhéréder, que le pouvoir du chef de famille fut brisé par les lois de l'époque révolutionnaire ; car la véritable sanction pénale de

[1] Art. 374 C. c. « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus. » L'art. 32, n° 5, de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, a dérogé à la disposition de notre Code, en exigeant pour les engagés volontaires de moins de vingt ans, le consentement des père, mère ou tuteur; rendant en quelque sorte hommage à l'autorité paternelle. Le décret du 10-13 juillet 1848, qui porte que tout Français, âgé de dix-huit ans révolus, pourra contracter un engagement volontaire pour l'armée de terre, n'a rien changé à cet égard, l'art. 2 dudit décret confirmant toutes les formalités exigées par la loi du 21 mars 1832.

ce pouvoir est la faculté d'augmenter, de diminuer et de supprimer même, dans les cas extrêmes, la part héréditaire des enfants. C'est ce qu'ont parfaitement senti les législateurs de 1791 et de l'an II, qui étaient guidés par un amour excessif de la liberté individuelle. C'est ce qu'avaient parfaitement compris aussi les auteurs des lois des Douze Tables, lorsque, jugeant nécessaire pour la grandeur de Rome une puissance paternelle absolue, ils déclarèrent que le chef de famille avait un droit illimité de disposer de sa fortune comme il l'entendrait.

L'Assemblée législative avait commencé par établir l'uniformité pour toute la France ; les restes de la puissance paternelle romaine, qui, dans les pays de droit écrit, pesaient encore sur les majeurs, furent limités aux enfants mineurs, et l'âge de la majorité fut fixé uniformément, du Nord au Midi, à vingt et un ans accomplis[1]. C'est cette même époque que le Code a confirmée, parce que c'était une transaction équitable, un moyen terme entre les différentes majorités, qui variaient depuis l'âge de quinze ans dans un grand nombre de pays coutumiers, jusqu'à celui de vingt-cinq ans, établi dans les pays de droit écrit. Cependant les législateurs de 1804,

[1] Décret des 28 août et 20 septembre 1792.

en donnant aux père et mère la faculté d'émanciper l'enfant mineur lorsqu'il aurait atteint l'âge de quinze ans révolus, ont eu évidemment présente à leur esprit l'ancienne majorité coutumière, qui était fixée à cet âge.

En dehors de la majorité et de l'émancipation, le Code civil a voulu que le mariage mît un terme à la puissance paternelle; sous ce rapport il a suivi le droit coutumier, qui avait consacré l'émancipation par le mariage, et l'avait même fait pénétrer dans plusieurs provinces de droit écrit. Mais l'émancipation par la demeure séparée, également reconnue par nos Coutumes, ne fut point admise par les auteurs du Code civil.

Si d'une part les dispositions du droit coutumier furent confirmées par la nouvelle législation, elle consacra d'autre part une institution toute romaine, l'adoption. Fut-ce une concession faite au midi de la France, ou bien l'adoption était-elle considérée par l'Assemblée législative comme un moyen facile d'introduire de nouveaux éléments dans la famille, et comme une espèce de dissolvant des anciennes familles aristocratiques? Le doute est permis; cependant, la facilité donnée à cet égard par le décret du 16 frimaire an III, et même par la loi transitoire du 25 germinal an XI, nous fait pencher pour la dernière opinion.

L'adoption fut maintenue par les législateurs de 1804; mais un pays voisin, qui a approprié notre législation à ses besoins, et où l'adoption n'avait pas pu s'acclimater plus que dans les pays jadis coutumiers de la France, l'a rayée du nombre de ses institutions [1].

C'est ici l'endroit de parler du conseil de famille, institution essentiellement germanique, puisqu'elle prend sa source dans l'ancienne garde, exercée jadis sur tous les membres incapables de la famille. Cette intervention des parents dans les intérêts des incapables s'était conservée dans tous les pays où la race germanique s'était établie définitivement [2]; elle apparaît en France, non pas seulement dans les pays coutumiers, mais encore dans le Midi, où l'avis des parents est requis dans une foule de cas, quand il s'agit des intérêts des mineurs [3]. Généralement en affaires de tutelle, et cela dans le Nord comme dans le Midi, le juge qui donnait un tuteur aux incapables était tenu

[1] Dans le Code civil néerlandais de 1838, qui a pour base notre Code civil, l'adoption est supprimée.

[2] En Allemage, en Suisse, dans les Pays-Bas, en Suède, en Livonie. Voy. Mittermaïer, *Grundsætze des gemeinen deutschen Privatrechts*, § 365, notes 5-7.

[3] *Cout. de Montpellier*, art. 85. *Statuts municipaux de Salon* (Chez Giraud, *Essai d'une histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 259). *Cout. d'Alais* (Chez Beugnot, Appendice du troisième volume des *Olim*).

de consulter les parents sur ce choix. Lorsque l'Assemblée constituante de 1789 avait décrété que les juges seraient désormais amovibles, temporaires et élus par les citoyens, la tutelle dative devait nécessairement revenir à la famille seule, puisque le juge ne représentait plus un élément distinct. La loi du 16-24 août 1790 établit par conséquent la légalité des réunions de parents[1], et institua de plus des tribunaux de famille pour vider, en première instance, tous les différends de sa compétence.

Il est inutile de dire que les tribunaux de famille ne furent point conservés par le premier Consul; quant à l'institution du conseil de famille, elle le fut, mais les auteurs du Code civil lui donnèrent une organisation moins indépendante. Pour contenter les pays de droit écrit, on avait rétabli la tutelle testamentaire et la tutelle légitime, ce qui fit qu'il n'y avait plus lieu à la tutelle dative qu'à défaut des deux premières; ensuite, la nomination des juges par le gouvernement ayant de nouveau remplacé l'élection, l'influence du juge de paix, mis à la tête du conseil de famille, devait nécessairement s'en ressentir.

Néanmoins, notre législation a laissé au conseil de famille des attributions importantes. C'est

[1] Le terme de *conseil de famille* ne fut employé que par la législation postérieure.

à lui qu'incombe, à défaut de tutelle testamentaire et légitime, le choix du tuteur et du subrogé tuteur (art. 142, 400, 405, 420 C. c.), ainsi que la faculté de les destituer ou de les exclure (art. 446-449). C'est le conseil de famille qui décide si la tutelle sera conservée à la mère tutrice qui se remarie (art. 395, 396); c'est lui qui intervient dans les actes les plus importants de l'administration des biens du mineur (art. 450, 452, 454, 458, 461, 463-465, 467-468). C'est le consentement du conseil de famille qui est exigé pour les mariages des mineurs privés d'ascendants, ou dont les ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 160).

Il y a donc lieu de louer nos législateurs modernes d'avoir consacré une semblable institution, car ils ont rendu par là un hommage à l'esprit de famille. Néanmoins, il est juste aussi d'ajouter qu'ils auraient pu donner au conseil de famille une activité plus étendue et plus indépendante, ce qui peut-être aurait contribué à faire produire à cette institution des résultats plus satisfaisants. Car il faut l'avouer, la dispersion des membres de la même famille, qui augmente tous les jours par les besoins du commerce et les exigences de l'industrie, le relâchement de l'esprit de famille, et par suite

l'indifférence des collatéraux, ont paralysé jusqu'à ce jour, en grande partie, les bons effets qu'on serait en droit d'attendre de cette institution.

§ 3.

Les successions.

La succession est le nœud dans lequel viennent aboutir, comme autant de fils, tous les intérêts domestiques; car l'ordre dans lequel les parents sont appelés à recueillir les héritages assigne à chaque membre le rang qu'il occupe dans la famille. Sous ce rapport seul, l'importance des lois qui régissent les successions est déjà immense. Mais combien cette importance grandit-elle, quand on considère leur influence sur le pouvoir du chef de famille, sur la plus ou moins grande dépendance de la femme et des enfants, sur la division de la propriété, enfin sur l'égalité civile et politique dans la famille d'abord, dans l'Etat ensuite! Les législateurs de notre première Révolution en ont été vivement pénétrés. Aussi, c'est par un remaniement radical de la législation sur les successions, qu'ils ont brisé le pouvoir excessif du père, anéanti la constitution aristocratique de la famille, rétabli l'égalité naturelle

entre les sexes comme entre les aînés et puînés, divisé la propriété; qu'ils ont, en un mot, empreint à la France entière cette forme démocratique, qui est désormais celle de l'avenir du monde civilisé. Il est ainsi permis de dire, sans exagération, que la loi qui décréta l'égalité des partages dans les familles a plus fait pour les idées démocratiques en France que toutes les mesures exceptionnelles inventées par la Révolution, et que son influence a été et sera plus durable sur nos destinées que toutes les conquêtes de l'Empire.

Ce fut encore Mirabeau, l'homme en qui était incarnée la Révolution, qui légua cette profonde et fertile pensée à ses contemporains. Cet aîné de famille noble, qui avait souffert tant d'injustices, avait déposé son testament politique dans ce mémorable *Discours sur l'Egalité des partages dans les familles*, qui fut lu une heure après sa mort devant l'Assemblée nationale, frappée de stupeur et d'affliction [1].

Dans cette œuvre remarquable de philosophie et de science politique, Mirabeau demandait la suppression radicale de toutes les causes d'inégalités dans les partages : préciput des aînés,

[1] Séance du 2 avril 1791 (*Histoire parlementaire*, t. IX, p. 285).

l'indifférence des collatéraux, ont paralysé jusqu'à ce jour, en grande partie, les bons effets qu'on serait en droit d'attendre de cette institution.

§ 3.

Les successions.

La succession est le nœud dans lequel viennent aboutir, comme autant de fils, tous les intérêts domestiques; car l'ordre dans lequel les parents sont appelés à recueillir les héritages assigne à chaque membre le rang qu'il occupe dans la famille. Sous ce rapport seul, l'importance des lois qui régissent les successions est déjà immense. Mais combien cette importance grandit-elle, quand on considère leur influence sur le pouvoir du chef de famille, sur la plus ou moins grande dépendance de la femme et des enfants, sur la division de la propriété, enfin sur l'égalité civile et politique dans la famille d'abord, dans l'Etat ensuite! Les législateurs de notre première Révolution en ont été vivement pénétrés. Aussi, c'est par un remaniement radical de la législation sur les successions, qu'ils ont brisé le pouvoir excessif du père, anéanti la constitution aristocratique de la famille, rétabli l'égalité naturelle

entre les sexes comme entre les aînés et puînés, divisé la propriété; qu'ils ont, en un mot, empreint à la France entière cette forme démocratique, qui est désormais celle de l'avenir du monde civilisé. Il est ainsi permis de dire, sans exagération, que la loi qui décréta l'égalité des partages dans les familles a plus fait pour les idées démocratiques en France que toutes les mesures exceptionnelles inventées par la Révolution, et que son influence a été et sera plus durable sur nos destinées que toutes les conquêtes de l'Empire.

Ce fut encore Mirabeau, l'homme en qui était incarnée la Révolution, qui légua cette profonde et fertile pensée à ses contemporains. Cet aîné de famille noble, qui avait souffert tant d'injustices, avait déposé son testament politique dans ce mémorable *Discours sur l'Egalité des partages dans les familles*, qui fut lu une heure après sa mort devant l'Assemblée nationale, frappée de stupeur et d'affliction [1].

Dans cette œuvre remarquable de philosophie et de science politique, Mirabeau demandait la suppression radicale de toutes les causes d'inégalités dans les partages : préciput des aînés,

[1] Séance du 2 avril 1791 (*Histoire parlementaire*, t. IX, p. 285).

Pour revenir à l'Assemblée constituante, ses décrets du 15 mars 1790 et du 8 avril 1791, tout en établissant l'égalité des enfants, ne s'appliquaient qu'au cas où le père de famille mourait *ab intestat*. Pour ôter à celui-ci la possibilité de revenir, par des dispositions entre-vifs ou testamentaires, à ce que la loi voulait désormais empêcher, il fallait que le même esprit démocratique pénétrât dans les dispositions sur les donations et les successions testamentaires.

L'Assemblée constituante, qui renfermait dans son sein tous les grands esprits de l'époque, le comprit instantanément; la faculté de tester, en principe, et la détermination de la quotité dis-

nible, le préciput légal se composera de la partie de cette quotité dont il n'aura pas disposé.

« Le préciput légal sera prélevé sur les immeubles de la succession, et en cas d'insuffisance, sur les biens meubles.

« Art. 2. Les dispositions des deux premiers paragraphes de l'article qui précède cesseront d'avoir leur effet lorsque le défunt en aura formellement exprimé la volonté par acte entre-vifs ou par testament.

« Art. 3. Les biens dont il est permis de disposer, aux termes des art. 913, 915 et 916 du Code civil, pourront être donnés, en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement.

« Seront observés, pour l'exécution de cette disposition, les art. 1051 et suivants du Code civil, jusques et y compris l'art. 1074. »

ponible furent soumises à la discussion la plus approfondie.

Les hommes du Midi, imbus des doctrines romaines, se levèrent en faveur de la liberté de tester. Cazalès propose d'étendre la loi romaine des testaments à la France entière ; il veut que le pouvoir du père de famille domine l'égalité des partages, que les législateurs français venaient de consacrer. C'était réédifier d'une main ce qu'on avait abattu de l'autre.

Partant d'un point de vue tout à fait opposé, les disciples de la philosophie sensualiste de Locke, de Condillac, d'Helvétius et de Diderot, attaquent de front la faculté de disposer après la mort. « L'homme, s'écrie Robespierre, peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière? »

Mirabeau, également éloigné des tendances rétrogrades de Cazalès, comme des idées matérialistes de Robespierre, croit que la faculté de tester est un droit inhérent à l'immortalité de l'âme et à la dignité humaine. Il réclame par conséquent la conservation du droit de disposer après la mort ; mais, craignant d'un autre côté que le principe de l'égalité des partages n'en souffrît, et voulant ôter au père de famille tout moyen de rétablir l'inégalité parmi ses enfants, Mirabeau demande que cette faculté de tester

soit réduite à d'étroites proportions. Il propose de fixer la quotité disponible au dixième de la fortune du testateur, et de n'en permettre la disposition qu'en faveur des personnes étrangères à la ligne directe.

Enfin Tronchet fait un pas important de plus. Il déclare que l'*homme social* doit avoir le droit de transmettre ses propriétés après sa mort [1], mais que l'intérêt public réclame en même temps que le père puisse disposer d'une notable partie de sa fortune, aussi bien en faveur de l'un de ses enfants, qu'en faveur d'un étranger ; cette part disponible, il propose de la fixer au quart.

Mais la Constituante n'arriva pas à régler cette matière, et avant que les sages principes de l'illustre Tronchet pussent être déposés dans notre législation, d'autres doctrines eurent un moment le dessus.

En effet, l'esprit hostile au droit de tester triompha dans la Convention, et on revint aux opinions exprimées par Robespierre et Mirabeau. La faculté de disposer de sa fortune à titre universel, soit entre-vifs, soit à cause de mort, soit par donation contractuelle, fut entièrement supprimée, d'abord en faveur de la ligne directe [2],

[1] *Histoire parlementaire*, IX, p. 305.
[2] Décret du 7 mars 1793.

ensuite même en faveur de la ligne collatérale [1]; et de cette manière toute possibilité d'attenter à l'égalité des partages se trouva anéantie. Il n'y eut plus ni succession testamentaire, ni institution contractuelle, ni exhérédation de la part du père de famille; on ne pouvait plus disposer qu'à titre de don ou de legs particulier, et cela seulement en faveur de ceux qui n'étaient pas successibles. Ainsi celui qui avait des enfants pouvait léguer le dixième de ses biens, pourvu que ce ne fût point à l'un d'eux; celui qui avait des collatéraux pouvait disposer du sixième de sa fortune, pourvu que ce ne fût point en faveur d'un des appelés. Cette égalité absolue des héritiers, que la volonté du donateur ou du testateur ne pouvait modifier en aucune manière, fut la brèche la plus large faite au pouvoir du chef de famille; elle désarma complétement l'autorité du père sur ses enfants.

Les auteurs du Code civil ont rétabli les principes recommandés autrefois par l'un d'eux à l'Assemblée constituante [2]. Une large part y a été faite à la liberté de disposer, car à défaut de descendants et d'ascendants, les libéralités par actes entre-vifs ou testamentaires pourront épuiser

[1] Loi du 17 nivôse an II.

[2] Voir plus haut l'opinion du constituant Tronchet, p. 306.

la totalité des biens [1]. Mais la quotité disponible est restreinte aux trois quarts, si le testateur ou le donateur laisse un ascendant dans la ligne paternelle ou dans la ligne maternelle; à la moitié s'il en laisse dans les deux lignes [2]. Elle est enfin de la moitié, du tiers, ou du quart, selon qu'il laisse, à son décès, un, ou deux, ou un plus grand nombre d'enfants légitimes [3]. De la sorte, notre législation civile a rendu un éclatant hommage à la liberté de l'homme, tout en respectant les liens sacrés qui doivent unir les parents et les enfants même après leur mort. D'une autre part, en permettant au chef de famille la disposition d'une notable partie de ses biens, même en faveur de ses enfants, les auteurs du Code civil ont restitué un puissant levier à l'autorité paternelle, quoique, à notre sens, ils se soient arrêtés trop tôt dans la bonne voie, car ils auraient dû laisser au père plus de liberté encore pour pouvoir récompenser l'accomplissement du devoir et la bonne conduite, et plus de latitude surtout pour châtier les écarts et l'ingratitude filiale. Ces dispositions du Code ont encore pour résultat de rendre au père la faculté providentielle de corriger les hasards de la fortune, et de rétablir la

[1] Art. 916 C. c.
[2] Art. 915 C. c.
[3] Art. 913-14 C. c.

vraie égalité parmi ses enfants. En effet, quand le père vient au secours d'un fils malheureux, l'enfant enrichi par le hasard peut-il moralement blâmer cet acte de justice paternelle? Ne craignons pas qu'une telle liberté puisse donner lieu à de fréquents abus, et reposons-nous sur les sentiments de paternité, si profondément enracinés dans le cœur de l'homme. N'oublions point que l'autorité paternelle, malgré quelques abus rares, mais possibles (et de quel bien l'humanité n'a-t-elle pas abusé?), est une des bases fondamentales de toute constitution domestique, et qu'indépendamment de la grave atteinte que lui porte la défense faite au chef de famille de disposer d'aucune partie de sa fortune en faveur de ses successibles, elle enlève encore au père cette mission providentielle, qui consiste à réparer les inégalités que l'âge, les charges de famille, et la bonne ou mauvaise fortune ont pu créer entre ses enfants[1].

Une institution aristocratique, autant conçue dans l'esprit de conserver les biens dans la fa-

[1] Après ces développements, il est presque superflu de dire que nous n'approuvons pas les propositions faites en 1850 à l'Assemblée législative par M. Ceyras, ayant pour objet de réduire la quotité disponible à une part d'enfant, quel qu'en soit le nombre, et à défendre que cette quotité disponible puisse jamais être donnée aux enfants du donateur ou testateur. Ces propositions, qui, dans la pensée

mille que dans celui de donner de la force au pouvoir du père, les substitutions fidéicommissaires, institution complétement contraire aux principes de la Révolution, avait cependant échappé aux réformes de l'Assemblée constituante. La Convention nationale ne tarda pas à en prononcer l'abolition. Déjà, sous l'ancienne monarchie, les substitutions infinies avaient été défendues ; car l'art. 30 de l'Ordonnance sur les substitutions d'août 1747 les avait définitivement réduites au deuxième degré, non compris le donataire, l'héritier institué, le légataire ou autre qui aura le premier recueilli les biens grevés. La loi du 14 novembre 1792 interdit et prohiba toute espèce de substitutions à l'avenir, et pour celles non ouvertes à l'époque de la promulgation de la loi, elle consolidait les biens dans les mains des possesseurs, en leur en conférant la propriété définitive; faisant ainsi cesser l'inaliénabilité dont ces biens étaient frappés. C'est à tort qu'on a reproché à cette loi d'être entachée de rétroactivité, car elle respecta les droits acquis et n'enleva que des espérances.

de leur auteur, devaient assurer une égalité plus sévère des partages, ne faisaient que reproduire les dispositions des lois du 4 germinal an VIII (art. 1er), et du 17 nivôse an II. L'Assemblée, sur le rapport de M. Valette, en a sagement rejeté la prise en considération dans sa séance du 16 Mars 1850.

Aucun point de notre législation n'a subi de si fréquents revirements, depuis soixante ans, que la matière des substitutions, et chaque changement correspond à la faveur ou à la défaveur dans laquelle étaient les principes démocratiques. Les rédacteurs du Code civil de 1804, tout en maintenant la prohibition des substitutions (art. 896), permirent une exception en faveur des petits-enfants, et des neveux ou nièces du donateur ou testateur, en cas d'absence d'enfants de ce dernier; et cela pour la quotité disponible seulement. La substitution était ainsi réduite au premier degré, et des précautions étaient prises pour que l'égalité des partages ne fût point renversée (art. 898, 1048-1050).

Lorsque la forme monarchique fut rétablie en France, l'Empereur voulut entourer son trône d'une nouvelle aristocratie héréditaire, ce qui donna lieu à la création des dotations et des majorats [1]. La Restauration, désirant renforcer l'élément conservateur, étendit les substitutions permises par le Code, au deuxième degré [2]. La République actuelle, par un esprit contraire, les restreignit de nouveau à un seul degré, ra-

[1] Actes du 30 mars et du 14 août 1806. — Alinéa 3 de l'art. 896 C. c., qui ne se trouvait pas dans le Code de 1804, et ne fut ajouté que dans l'édition officielle de 1807.

[2] Loi du 17 mai 1826.

menant la législation aux dispositions du Code civil [1]. Quant aux majorats, une loi de la dernière monarchie en avait déjà interdit l'institution pour l'avenir, et réduit ceux qui existaient à cette époque, à deux degrés [2]. La loi républicaine de 1849 mit également fin à tout majorat qui avait été transmis à deux degrés successifs, à partir du premier titulaire. On poussa le respect du principe de la non-rétroactivité, jusqu'à sauvegarder les espérances des individus nés ou conçus à l'époque du changement de la législation [3].

La réaction contre l'inégalité et le despotisme dans la famille ne pouvait omettre de réformer, lors de notre première Révolution, une des plus grandes iniquités : la position misérable que l'ancienne législation avait faite aux enfants naturels. Le principe germanique de l'exclusion absolue des bâtards de la famille, avait dominé dans notre droit coutumier depuis les temps les plus anciens, et les Coutumes officiellement rédigées avaient également consacré la règle qu'*enfants bâtards ne succèdent* [4]. Les *Novelles* 18 et

[1] Art. 8-9 de la loi du 7-11 mai 1849 sur les majorats et les substitutions.

[2] Loi du 12 mai 1835.

[3] Art. 2 et 9 de ladite loi du 7-11 mai 1849.

[4] Il y eut quelques rares exceptions. Le *Livre du Plédéant*, ch. XXXIX, et les anciennes Coutumes de Saint-Omer et de Valenciennes avaient consacré le système romain, en appe-

89 de Justinien, si favorables aux enfants naturels, n'ayant point été reçues dans la France de droit écrit, il s'ensuivit que l'exclusion des enfants naturels de toute succession était une usance générale du royaume [1].

La réaction contre tant de siècles d'injustice fut violente, et le sensualisme de l'époque, qui faisait trop bon marché des liens du mariage, contribua à faire dépasser les limites de la raison et de l'équité. Après avoir donné aux enfants nés hors mariage de personnes libres, le droit de succéder à leurs père et mère [2], l'Assemblée législative établit l'égalité des enfants légitimes et des enfants naturels, en leur donnant les mêmes droits, tant sur les biens de leurs père et mère que sur ceux des collatéraux. Elle alla plus loin encore, en permettant aux enfants et descendants d'individus nés hors mariage, de représenter leurs père et mère dans les successions [3].

Cependant les enfants adultérins furent exceptés, la loi ne leur attribuant, à titre d'ali-

lant les enfants naturels à la succession maternelle. Cependant la Coutume réformée de Saint-Omer revint à l'exclusion des deux lignes, ce qui était conforme au principe germanique.

[1] Jehan Bacquet, *Traité de bâtardise* (*Œuvres*, I, p. 149).

[2] Décret du 4 juin 1793.

[3] Décret du 12 brumaire an II.

ments, que le tiers de la part d'un enfant légitime[1]. Les conclusions du rapporteur[2], au nom du Comité, se résumèrent en ces termes : « On a pensé presque unanimement que le respect des mœurs, la foi du mariage, les convenances sociales, ne permettaient pas de comprendre, dans la disposition de la loi, les enfants nés de ceux qui étaient déjà liés par des engagements. »

Du reste, il semble que les législateurs de l'an II n'ont voulu faire qu'une loi transitoire sur cette matière, car ils décrétèrent qu'à l'égard des enfants nés hors mariage, dont les père et mère seront encore existants lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seraient en tous points réglés par ce Code[3].

Mais en ne se contentant pas d'appliquer la nouvelle législation aux enfants naturels dont les droits se seraient ouverts depuis la date du décret, et en reculant ce terme au 14 juillet 1789, l'Assemblée législative blessa profondément les règles de la justice éternelle. Plusieurs lois de cette époque avaient donné cette même force rétroactive à leurs dispositions ; et l'Assemblée législative, à l'occasion d'un autre décret[4],

[1] Art. 12 du décret du 12 brumaire an II.
[2] *Choix des rapports*, t. XIII, p. 383.
[3] Art. 10 du même décret.
[4] Celui du 22 ventôse an II, art. 4.

avait cherché à justifier cette prétention exorbitante, en déclarant qu'il n'y avait point d'effet rétroactif à dater du 14 juillet, parce que « la loi n'a fait que développer les principes proclamés par un grand peuple qui s'est ressaisi de ses droits. » C'était évidemment donner à la prise de la Bastille des conséquences légales que la fièvre révolutionnaire seule pouvait suggérer. Aussi, cette fièvre calmée, on revint à des principes plus sains. La loi du 15 thermidor an IV supprima la rétroactivité attachée aux décrets des 4 juin 1793 et 12 brumaire an II; les individus atteints par ce changement furent indemnisés par une pension alimentaire, qui consistait dans le revenu du tiers d'une part d'enfant légitime; quant aux droits des enfants naturels ouverts depuis lesdits décrets, ils restèrent les mêmes jusqu'à la promulgation du Code civil.

Les auteurs du Code ont fait semblant de se rapprocher de notre ancien droit, qui excluait de la famille les enfants nés hors mariage; mais, au fond, le Code civil donne aux enfants naturels reconnus de véritables droits sur la succession de leurs père et mère.

L'article 756 commence par déclarer que les enfants naturels ne sont point héritiers; mais en ajoutant, dans cette même disposition, que la loi leur accorde des droits sur les biens de leurs

père et mère quand ils ont été reconnus, et en réglant ces droits dans les articles suivants, les législateurs de 1804 ont suivi le principe naturel, qui avait déjà été posé par les lois de la Révolution, et qui admet les enfants naturels au rang des héritiers du sang.

Chabot, dans son rapport au Tribunat, avait beau dire : « Le projet ne place pas les enfants naturels dans la famille, il ne les appelle en aucun cas comme héritiers, mais il leur attribue, sur les successions de leurs père et mère, un droit proportionné »; Siméon, dans son discours au Corps législatif, répétait en vain que « le Code ne les honorera pas du titre d'héritiers » ; le véritable sens de la loi perça dans le discours de Bigot Préameneu. Cet orateur du gouvernement disait avec une franchise entière : « Le droit des enfants naturels est, sous le nom de créance, une participation à la succession [1]. »

Au fond, et malgré l'espèce d'ostentation avec laquelle les auteurs du Code civil ont cherché à distinguer entre les héritiers et les enfants naturels, le droit de ceux-ci est un véritable droit de succession, qui ne diffère de celui des autres héritiers que parce qu'ils sont saisis de plein droit, tandis que les enfants naturels doivent se faire

[1] Le projet du Code, art. 54, portait le mot *créance* au lieu du mot *droit*, qui y a été substitué.

envoyer en possession (art. 724). Le nouveau Code civil néerlandais a été plus franc ; sans attribuer aux enfants naturels rien de plus que ce qui leur est garanti par le Code français, l'article 909 les déclare héritiers de leurs père et mère.

Les législateurs de 1804 ont d'ailleurs largement puisé en cette matière dans les lois de l'époque révolutionnaire; ils en ont suivi l'esprit, qui, fondant tout le système des successions sur l'ordre des affections naturelles, ne pouvait exclure les enfants, quoique nés de personnes libres, de tout droit à la succession de leurs père et mère. Ils en ont suivi plusieurs dispositions virtuelles : ainsi le tiers que l'art. 757 attribue à l'enfant naturel, en cas de concurrence avec un enfant légitime, c'est le tiers que l'Assemblée législative avait accordé à titre d'aliments aux enfants adultérins; seulement le respect pour les liens du mariage, qui était revenu avec le calme dans les esprits, fit qu'on n'attribua alors qu'aux enfants naturels reconnus ce qu'on avait concédé dans des temps plus agités aux enfants adultérins. Ce tiers de la portion d'un enfant légitime devient la moitié, lorsque l'enfant concourt avec des ascendants, des frères ou des sœurs du défunt; il est des trois quarts, quand il existe d'autres parents plus éloignés; enfin l'enfant naturel a droit à la totalité des biens,

lorsque le père ou la mère ne laisse aucun parent au degré successible (art. 757, 758 C. c.). L'article 759, qui donne le droit de représentation aux descendants de l'enfant naturel prédécédé, est de même une disposition puisée dans l'article 16 du décret du 12 brumaire an II.

La loi actuelle, par une sage prévoyance, a donné au père et à la mère de l'enfant naturel le droit de l'éloigner de leur succession, pourvu qu'ils lui donnent de leur vivant la moitié de ce qu'il aurait eu après leur mort, avec la déclaration expresse que leur intention est de réduire l'enfant à cette moitié. Les auteurs du Code civil ont voulu donner aux parents un moyen d'empêcher l'enfant naturel de venir troubler le partage de la succession et l'union de la famille. Le législateur a pensé qu'une somme reçue du vivant du père ou de la mère équivaudrait au double de ce que l'enfant aurait obtenu après leur mort.

Ajoutons encore que nos lois actuelles ne reconnaissent à l'enfant naturel aucun droit de succéder aux biens des parents de ses père et mère, différant ainsi du droit romain, qui faisait succéder l'enfant naturel à tous les parents de la ligne maternelle.

La révolution de 1789, après avoir effacé toute différence entre la nature et l'origine des biens,

après avoir supprimé le droit d'aînesse, le privilége des mâles, les substitutions, les réserves coutumières, les renonciations des filles, le retrait lignager, en un mot, après avoir purgé la constitution de la famille de tout ce qui restait de l'ancienne organisation féodale et aristocratique, fonda son nouveau système de succession dans la loi du 17 nivôse an II. Cette loi constitutive de la famille et de la propriété en France, car toutes ses parties essentielles ont passé dans le Code civil, a pour base l'ordre naturel des successions, fondé sur l'affection présumée du défunt; elle a pour but de substituer l'égalité absolue des personnes et le morcellement des biens, au principe de l'inégalité des membres de la famille et à l'immobilisation des fortunes.

La loi de nivôse adopta l'unité de patrimoine du droit romain; plus de propres ni d'acquêts, plus de biens paternels ni maternels, et la qualité de meuble ou d'immeuble n'influe plus sur la succession. « La loi ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission »; cette disposition radicale, constitutive, devient l'article 732 du Code civil.

La loi de nivôse établit la représentation à l'infini dans les lignes directe et collatérale; exagération que les auteurs du Code ont restreinte

dans des limites plus raisonnables, en n'admettant le droit de représentation à l'infini que dans la ligne descendante, et en collatérale pour les descendants de frère et sœur seulement (art. 739–745 C. c.). Evidemment, la représentation à l'infini dans la ligne collatérale divisait la succession en trop de branches, et devenait la source de procès sans nombre.

L'Assemblée législative adopta le privilége du double lien au profit des frères et sœurs germains, et de leurs enfants, contre les frères et sœurs consanguins ou utérins, ce qui fut également adopté par le Code (art. 752), car c'était une de ces sages transactions entre le droit romain, où les consanguins et utérins étaient exclus par les frères et sœurs germains [1], et le droit coutumier, qui appelait tous à parts égales [2].

Enfin la loi de nivôse, voulant mettre un terme

[1] *Novelles* 84 et 118.

[2] La lutte entre les deux principes a commencé de bonne heure sur ce point. En 1278, le Parlement de Paris se prononça catégoriquement contre le droit romain, en maintenant l'égalité coutumière entre les frères et sœurs germains et ceux qui ne venaient que d'un seul côté, conformément à l'art. 154 de l'ancienne Coutume de Paris. Même arrêt le 1er août 1366. Après la rédaction officielle des Coutumes, la plus grande variété existait sur cette matière. Quelques-unes, comme celle de Reims (art. 311), avaient déjà adopté la transaction de la loi de nivôse et du Code.

à ces interminables recherches sur l'origine des biens, et voulant amalgamer autant que diviser les fortunes, confondit dans une seule masse les biens que les Coutumes avaient attribués à chaque ligne. Le principe d'égalité fut appliqué aux lignes paternelle et maternelle, en consacrant le partage égal de toute la masse entre les deux branches. On se rappelle que, dans certains pays coutumiers, la sollicitude de garder les biens dans la même ligne avait été exagérée au point de préférer le fisc à l'autre ligne, quand celle d'où les biens provenaient était éteinte. Le Code civil (art. 746-755) adopta encore cette règle constitutive de la loi de nivôse, en ajoutant qu'à défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre succéderaient pour le tout.

Mais ce que les législateurs de 1804 n'adoptèrent point, ce fut l'exclusion de la ligne ascendante par les frères et sœurs et leurs descendants, établie par la loi de nivôse[1]. En effet, l'affection présumée du défunt doit placer le père et la mère au moins sur la même ligne que le frère et la sœur ou leurs descendants; aussi les législateurs de 1804 ont mieux compris les véritables principes sur ce point, en appelant le

[1] Art. 69-72 de la loi du 17 nivôse an II.

père et la mère en concurrence avec ces derniers[1].

En somme, et à part quelques défauts qui disparaissent à côté de la beauté de l'ensemble, notre Code civil, dans les bases de l'organisation domestique, s'est approché, plus qu'aucune autre législation ne l'avait jamais fait, des principes de la raison, de la justice, de l'égalité et de l'affection naturelle. Dans la constitution de la famille, comme dans celle de la propriété, ces deux fondements de l'ordre social, qui se touchent par des points innombrables, notre législation actuelle porte le cachet profondément gravé de l'élément démocratique. Le droit y est l'expression de la raison, et non plus le produit d'une autorité souvent contestée et contestable; la famille y est organisée suivant le vœu du cœur humain, et non plus d'après les exigences de la politique ou d'une classe privilégiée; la propriété enfin n'y est plus une concession de l'Etat, mais le domaine exclusif du propriétaire, la récompense du travail, le moyen le plus facile et le plus sûr d'élévation morale et matérielle pour les classes inférieures de la société.

[1] Art. 751 C. c.

CHAPITRE VIII.

TRAITS GÉNÉRAUX DE LA CONSTITUTION DOMESTIQUE CHEZ LES DIFFÉRENTES RACES. DU RAPPORT ENTRE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE ET LA CONSTITUTION DE L'ÉTAT.

Il résulte de l'histoire de l'organisation domestique des différentes races, que nous venons d'exposer, que chez toutes les fractions du genre humain arrivées à un degré quelconque de développement, l'organisation de la famille repose sur la triple base du mariage, de l'autorité du père ou du chef de famille, et de la propriété des biens, transmissible par l'hérédité. On peut donc affirmer hardiment que là où une de ces trois bases manquerait, il n'y aurait pas de famille proprement dite.

Il n'en est pas moins vrai que ces trois éléments principaux de la constitution domestique apparaissent sous des formes et avec des nuances différentes, chez les principales races et dans les

civilisations diverses; car, ainsi que l'a dit un profond penseur [1], « la famille a son histoire, comme tout ce qui appartient à la vie morale de l'homme, comme l'homme lui-même, comme la société et l'humanité tout entière. » Or donc, le mariage, la puissance du chef de famille et l'hérédité des biens ont subi des phases plus ou moins nombreuses, avant d'arriver à cette concordance que nous trouvons aujourd'hui dans la plupart des lois des nations de l'Europe et du Nouveau-Monde.

Quel immense espace le mariage n'a-t-il pas parcouru depuis l'union primitive, où la femme est achetée, où elle est répudiée par le caprice de l'homme, où elle n'est que l'esclave et l'humble instrument de sa volupté, passant de la polygamie simultanée à travers la polygamie successive, pour arriver enfin au principe monogame, et finir par élever l'esclave au titre d'épouse, l'épouse au rang d'associée dans l'union conjugale!

Que de degrés a parcourus le pouvoir du chef de famille, qui embrasse à la fois l'autorité du maître sur l'esclave, du mari sur la femme, du

[1] M. Franck, *De la famille* (*Revue de Législation et de Jurisprudence*, novembre 1845). Nous avons largement puisé dans ce beau travail, pour les considérations philosophiques développées dans ce chapitre et dans notre Conclusion.

père sur les enfants; depuis le farouche despotisme des castes orientales jusqu'à l'autorité bienfaisante, qui se distingue dans nos Codes modernes, et qui s'exerce sous le contrôle de l'Etat!

Que de formes, que de modes a pris l'hérédité dans ses mille combinaisons, pour asseoir la famille, la propriété et l'Etat; concentrant tantôt la richesse dans une caste, tantôt dans une puissante aristocratie; réunissant ici la fortune du père sur une tête unique; écartant là les femmes et leurs descendants de toute succession; rejetant ailleurs tout privilége, toute distinction de caste, de classe, de naissance, de sexe ou d'âge, et prenant l'affection présumée du défunt comme règle unique et universelle. Combinaisons innombrables, conséquences plus innombrables encore, et qui ont fait comparer les lois de succession, par un écrivain à la fois profond et spirituel, au levier d'Archimède [1].

Ce qui ne peut être nié, c'est que la famille étant la molécule dont se forment la nation et l'Etat, la constitution domestique doit nécessairement influer sur la constitution publique, de même que celle-ci doit produire ses effets sur les lois qui constituent la famille. Il est évident qu'un Etat démocratique favorisera la division

[1] Laboulaye, *Hist. du droit de propriété foncière en Occident*, p. 190.

des héritages, de même qu'il est clair que le droit d'aînesse a puissamment contribué à la consolidation de la féodalité, et que l'exclusion totale ou partielle des femmes des héritages a fondé et assis le patriciat et l'aristocratie nobiliaire. Mais, y a-t-il une similitude aussi absolue entre la constitution domestique et la constitution publique, comme quelques esprits ont voulu l'affirmer? Est-il vrai que la famille ne soit que la miniature de l'Etat, et que l'autorité exercée par le père de famille se modèle toujours sur celle attribuée aux corps politiques? Nous ne le croyons pas, car l'histoire de l'humanité donne de fréquents démentis à cette doctrine.

En effet, que voyons-nous? A Rome, nous trouvons la puissance la plus absolue concentrée dans les mains du chef de famille, tandis que le pouvoir monarchique est brisé et remplacé par la forme républicaine. Quelques siècles plus tard, cette même Rome nous offre un revirement en sens contraire. La puissance publique se concentre dans la main omnipotente des Césars, et l'autorité du père de famille perd tous les jours en force et en étendue.

Dans la Germanie barbare, dans la France féodale, le pouvoir domestique n'est-il pas cent fois plus fort et mieux organisé que le pouvoir politique? Forte organisation de la famille, et

faible organisation de l'Etat, du corps politique; c'est ce dont l'histoire humaine nous présente le fréquent spectacle, et la cause s'explique facilement.

Là où le corps politique n'a pas su acquérir assez de force et de consistance, tout repose sur la famille; elle est une institution politique, et l'Etat n'est proprement alors qu'une fédération de familles; le pouvoir se trouve donc nécessairement concentré dans la constitution domestique, et les pouvoirs publics n'ont qu'une faible part d'autorité. Mais, à mesure que l'Etat acquiert une organisation puissante, qui absorbe les communautés particulières, l'importance de la famille, comme association politique, s'efface, et le pouvoir du chef s'amoindrit.

Du reste, de nombreuses causes modifient, d'ailleurs, le rapport qui peut exister entre l'organisation domestique et la constitution politique. Le climat, la religion, la manière de vivre et de tirer les subsistances, soit de la chasse ou de la pêche, soit de l'élève des troupeaux, soit de l'agriculture, soit du commerce et de l'industrie, ont, aussi bien que la constitution publique, exercé leur influence sur l'organisation domestique, d'autant plus que la famille, la tribu, le clan, ont existé avant toute autre réunion politique.

Qui, en effet, pourra nier que la nature du climat ne soit une des plus puissantes causes de la polygamie ? que dans les régions froides et peu cultivées l'exposition des enfants nouveau-nés ne soit un fait plus ordinaire ? Qui contestera l'influence des croyances religieuses sur le mariage, sur la procréation des enfants, et sur l'ordre des successions ? Qui ne comprendra que chez un peuple pasteur, nomade, ou guerrier, la puissance paternelle cessera plus tôt, et que l'individu y acquerra son indépendance complète à un âge moins avancé que chez un peuple sédentaire et voué à l'agriculture? Par conséquent toutes ces influences diverses ont dû modifier, et quelquefois même contrarier cette ressemblance complète entre la famille et l'Etat, que quelques esprits absolus ont voulu ériger en règle. Cette similitude a pu exister en effet partout où se rencontre l'organisation sociale qui porte le nom de tribu ou de clan, organisation qui n'est en réalité que l'extension progressive de la famille; la puissance des chefs politiques y a été formée d'après l'image du pouvoir du père de famille, et il en a dû être ainsi parmi les peuplades nomades de l'Asie du temps d'Abraham, comme chez les tribus de la Gaule du temps de Vercingétorix [1],

[1] Nous ne parlons que de la population rurale, et non pas des habitants des cités gauloises.

de même qu'il y a cent ans encore à peine, parmi les clans de la haute Ecosse.

Tout le monde sait que les fractions de l'espèce humaine ont été successivement chasseurs et pêcheurs, pasteurs, ou agriculteurs ; non pas que la transformation de ces états doive être considérée comme la succession rigoureuse d'une époque à une autre, et s'excluant réciproquement, mais comme représentant un tableau général du développement de la civilisation humaine dans ses effets les plus saillants. Aussi l'agriculture a-t-elle été l'expression de la plus haute civilisation dans l'antiquité, car les villes maritimes adonnées au commerce, comme Tyr, Sidon, Carthage, Marseille, doivent être considérées comme des exceptions dans le monde antique ; et quant à l'industrie, elle n'apparaît que dans les derniers siècles de l'histoire moderne, comme une branche importante du travail des nations.

C'est chez les peuples arrivés à la vie sédentaire, et s'adonnant à la culture de la terre, que le lien de la famille a été le plus fortement noué, et le pouvoir du chef le plus étendu en force et en durée. La famille primitive de Rome était celle d'une colonie basée sur la propriété et sur la culture des champs. Le respect religieux pour l'agriculture, la sainteté de l'*ager Romanus*, les peines

énormes contre les délits ruraux, sont des choses trop connues pour insister sur ce point, et ce caractère éminemment agriculteur du peuple romain s'est conservé jusqu'à la fin de la république; car les grands hommes qui doivent sauver la chose publique, les Fabius, les Cincinnatus, les Séranus, c'est à la charrue que la patrie en danger vient les arracher [1]. Or, où la puissance du chef de famille a-t-elle été jamais plus absolue que dans la famille aristocratique et patricienne des premiers siècles de la cité romaine? Puissance tellement absolue, que les Romains eux-mêmes avouaient qu'il n'existait rien de semblable chez les autres nations [2].

D'où vient, d'un autre côté, cette modération du pouvoir du chef de famille, ne dépassant pas la protection due aux faibles et incapables, que nous avons rencontrée dans les rapports de famille chez les peuplades germaniques qui envahirent le vieux monde romain?

C'est parce que ce ne fut point la tribu, la société sédentaire, vouée à l'agriculture, qui fit irruption dans les provinces de l'empire, mais

[1] Voy. les anciens auteurs rassemblés sur ce point par Benech, *Sur l'influence respective des laboureurs ou des habitants de la campagne et des habitants de la ville sur les élections romaines* (*Revue de Législation*, juillet 1849, p. 214-215).

[2] Voir plus haut, chap. III, § 2.

l'élément errant, la société guerrière, la bande enfin, où régnaient l'indépendance personnelle, l'esprit d'égalité et d'individualité. En effet, il est plus que probable que la souveraineté domestique chez les nations germaniques, avant leurs migrations volontaires ou forcées, et dans l'organisation de la tribu sédentaire, a été beaucoup plus tyrannique que celle qui nous est connue par les lois et les coutumes rédigées depuis le cinquième siècle de l'ère chrétienne. Les débris de l'ancienne poésie germanique, les mythes scandinaves du nord de l'Europe, les traditions conservées par les écrivains grecs et latins d'une époque moins reculée, enfin les vraisemblances morales et la similitude avec les autres fractions de l'espèce humaine, en font une hypothèse presque incontestable. Car, nous en sommes convaincus, l'organisation de la famille a eu les mêmes commencements chez tous les peuples primitifs, et il n'y a eu d'exception que chez les nations qui se sont constituées avec un certain fonds de civilisation, comme les colonies égyptiennes, phéniciennes et grecques nous en fournissent des exemples.

Quelle que soit donc l'étendue du pouvoir du chef de famille chez les diverses nations, à leur apparition sur la scène de l'histoire, il n'en est pas moins vrai que le droit de vie et de mort a

été, chez toutes les races du monde, le premier attribut du souverain domestique. Mais cette souveraineté a dû perdre du terrain, à mesure que la souveraineté de l'Etat en gagnait. A Rome, ce sont les empereurs qui, par chaque loi, minent et sapent l'ancienne puissance domestique. Ailleurs et partout, à mesure que le pouvoir social gagne en force et en étendue, et que l'Etat est assez solide pour garantir à tous les individus égale sécurité et égale protection, le pouvoir du chef de famille perd une partie de sa raison d'être, car la famille dès lors n'a plus besoin de se protéger elle-même par le bras de son chef. Ce n'est que dans nos États modernes, qui étendent leur égide protectrice sur tous les individus indistinctement, que le pouvoir domestique a pu être renfermé dans des limites équitables; mais ici comme ailleurs l'Etat a peut-être trop absorbé l'individu, car, en France surtout, nous n'hésitons pas à le dire, le pouvoir domestique a besoin d'être fortifié, pour rattacher avec plus de solidité les liens relâchés de la famille.

La dépendance et la position inférieure des femmes dans la famille sont encore des traits communs aux organisations domestiques les plus diverses. Il n'y a guère que les Codes contemporains qui aient réalisé l'égalité complète des

sexes dans le giron de la famille, et on a dit avec autant de raison que de bonheur, « qu'à chaque pas que l'homme a fait vers la civilisation, la femme en avait fait un vers l'égalité avec l'homme [1]. »

Le mariage oriental avec la polygamie et la répudiation n'a été que l'asservissement légal du sexe le plus faible, et cependant c'était déjà un progrès immense sur la promiscuité brutale, sur l'esclavage et sur le rapt de la femme. Du reste, chez plusieurs nations asiatiques, nous voyons de bonne heure, c'est-à-dire, dès l'âge historique, poindre la distinction entre les épouses et les concubines. L'Ecriture sainte nous en offre de nombreux témoignages à l'égard des Hébreux. C'est encore l'état actuel du mariage dans la plus grande partie de l'Asie, car l'Orient semble ne point avoir d'époque.

Sous un ciel moins brûlant, les habitants de l'Europe, dominant mieux les passions, ont consacré la monogamie, du moins en principe, dès qu'ils ont vécu en famille et établi des mariages stables; mais dans la pratique et en réalité, ce principe recevait de nombreuses atteintes. A Athènes, la παλλακις, la concubine apparaît à côté de l'épouse l'égitime (μια αστὴ καὶ ἐγγυητὴ); dans la

[1] Rathery, *Recherches sur l'histoire du droit de succession des femmes.*

Rome des Césars, le concubinat est une institution reconnue par les lois ; chez la race scandinave, nous voyons également la *frilla* à côté de la *husfreyia* [1] ; parmi les populations celtes de l'Occident, parmi les Germains du centre de l'Europe barbare, ce sont les chefs, les princes, les nobles, qui vivent encore dans la polygamie, quoique le reste des populations se contente d'une femme unique. Au moyen âge, et ceci est même applicable aux siècles de la dépravation romaine, la facilité des répudiations, la multiplicité des divorces, n'avaient fait remplacer la polygamie simultanée que par une espèce de polygamie successive. Nous avons déjà signalé plusieurs fois, et notamment au chapitre v, les efforts extraordinaires et soutenus que l'Eglise catholique a dû mettre en œuvre, pour arriver à la suppression du concubinage et du divorce.

Si la femme mariée, de cette manière, a gagné en dignité et en indépendance ; si d'un objet de volupté, d'une esclave, d'une pupille, elle s'est élevée au rang d'épouse et d'associée ; si les lois lui ont garanti des ressources pour le cas de rupture de mariage, ou par le divorce, ou par la mort de son époux ; la position de la femme comme parente, comme héritière, soit dans la famille de son père, soit dans celle de son mari,

[1] Voy. l'*Egils-Saga*, la *Nials-Saga* et la *Laxdæla-Saga*.

ne s'est pas moins profondément modifiée, en s'améliorant par une loi constante de la civilisation. Ce fut celle de l'action permanente des sentiments naturels d'équité et de justice, qui devaient nécessairement finir par triompher de toutes les combinaisons politiques, basées sur l'inégalité des sexes.

En effet, dans toutes les constitutions domestiques des races primitives, les femmes ont tenu un rang inférieur dans la hiérarchie de la famille, qui se traduisait par une exclusion totale ou relative du partage des successions. Deux grands motifs ont dirigé le genre humain sur ce point : d'une part la croyance dans la supériorité réelle du sexe masculin, représentant de la force, divinité à laquelle l'homme aime à sacrifier dans son enfance; d'autre part, la pensée d'empêcher que la fortune et la puissance ne sortissent par les femmes de la famille, pour en enrichir une famille étrangère.

Le premier motif, la croyance dans la supériorité du sexe masculin, a dominé non-seulement dans tout l'Orient (les Védas, la Bible, le Coran[1], en parlent à chaque moment); mais, les

[1] Le chap. IV, *Des femmes*, dit : « Les hommes sont supérieurs aux femmes, parce que Dieu leur a donné la prééminence, et qu'ils les dotent de leurs propres biens. » — Les Mahométans doutent que la femme soit douée d'une âme.

Grecs, les Romains [1], les Celtes [2], les Germains [3], et en général les populations chrétiennes de l'Europe du moyen âge, sous l'influence des traditions bibliques et des prédications des pères de l'Eglise, ont nourri la même croyance [4]; si bien que nos anciens jurisconsultes français, commentateurs de nos vieilles Coutumes, et imbus de ces doctrines, s'expriment encore fréquemment d'une manière fort dure à l'égard des femmes.

[1] Voyez les plaintes sur le sexe féminin, provoquées par la corruption des mœurs, dans Tacite (*De orator. dialogus*, c. XXVIII), dans Columelle (Préface du douzième livre *De re rustica*), dans les satires de Juvénal et dans les comédies de Térence. La législation justinienne elle-même en porte encore quelques traces : « In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum. » L. 9, Dig. *De statu hominum* (I, 5). « Major dignitas est in sexu virili. » L. 1, Dig. *De senatoribus* (I, 9).

[2] Chez les Gallois de l'Angleterre une femme ne pouvait témoigner contre un homme, « car la femme n'est que le tiers de l'homme ; or, un tiers n'est pas croyable contre deux tiers », disent les lois de Probert, p. 317. — Les amendes, chez les Brehons de l'Irlande, devaient être cautionnées par un homme ou par trois femmes. Michelet, *Origines*, p. 22, note 1.

[3] Dans beaucoup de Coutumes germaniques, le *wergeld* pour la femme était inférieur à celui qu'on payait pour l'homme.

[4] « Effrayés que nous étions de la multitude de nos filles, dit le roi Louis VII dans une vieille charte, nous souhaitions ardemment que Dieu nous accordât *des enfants d'un sexe meilleur.* » (*Script. rerum Franc.*, c. XVI.)

Il y a sur ce point un accord surprenant entre d'Argentré [1] et saint Chrysostôme [2], entre Guy-Coquille et l'inquisiteur Michaëlis [3], entre les Coutumes [4] de nos anciennes provinces et les Canons de l'Eglise [5]. Dans plusieurs pays de l'Europe, on rencontre encore de nos jours des usages populaires qui rappellent cette ancienne préférence du sexe mâle [6].

Le second motif de l'infériorité des femmes, sous le rapport de la constitution domestique, est plus répandu encore; on le rencontre sous toutes les latitudes, chez les races les plus diverses, aux époques les plus différentes de la civilisation. Chez les Juifs, la fille pouvait hériter si le dé-

[1] « Il y a dans cet animal des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable. »

[2] « Cet animal, dit saint Chrysostôme en parlant de la femme, est toujours violent dans ses inclinations. »

[3] « Ce sexe, dit l'inquisiteur Michaëlis, est facilement intrigué et prins au lacet du maling esprit. »

[4] « Toutes malices peuvent être plutôt ès femmes qu'ès hommes », dit l'art. 80 de la plus ancienne rédaction de la Coutume de Bretagne.

[5] « Mulier non est facta ad imaginem Dei. » Can. 13, Caus. XXXII, qu. 5. Le Concile de Mâcon avait même gravement discuté la question de savoir si on pouvait donner le nom générique d'homme aux femmes. Voy. Grégoire de Tours, *Hist. Franc.*, L. VIII.

[6] Voy. Grimm., *Deutsche Rechtsalterthuemer*, p. 403.

funt n'avait point laissé de fils, mais elle était obligée d'épouser un homme de sa tribu, afin que les biens ne passassent point dans une tribu étrangère. Dans les républiques grecques, l'infériorité des femmes, quant à leur capacité de succéder, a eu le même motif; car le mariage de la fille héritière (Ἐπίκληρος) avec l'agnat le plus proche à Athènes, la loi de Sparte qui permettait à une fille héritière de n'épouser un étranger qu'à condition qu'il se fît citoyen de la République, l'usage de Milet, en vertu duquel une fille n'héritait que pourvu qu'elle se mariât à un citoyen pauvre, avaient tous pour but de conserver les fortunes dans la même tribu, dans la même famille ou dans la même cité. C'est encore une pensée identique qui fit porter la loi Voconienne à Rome, loi qui ne s'appliquait qu'aux successions testamentaires, mais dont l'esprit hostile aux femmes fit modifier l'égalité des sexes dans l'ordre des agnats, établi par les lois des Douze Tables. C'est toujours cette pensée qui transpire dans les statuts des républiques italiennes du moyen âge, où les filles étaient réduites à une simple dot, de crainte de faire passer les fortunes d'une cité dans une autre.

La société féodale, l'aristocratie nobiliaire et, plus tard, la haute bourgeoisie enrichie par le commerce et l'industrie, se ressemblent dans

leur défaveur pour le sexe féminin ; car, assez généralement, elles refusent aux héritiers féminins les mêmes droits qu'aux mâles, afin de mieux concentrer la fortune et consolider la puissance dans leurs familles.

Dans la constitution guerrière de la famille germanique, ce sont le caractère même de l'organisation sociale, et l'état général de la société, qui donnent forcément aux femmes une position subalterne dans la famille. Quand la terre et ce qui est attaché à son exploitation forment encore la seule richesse, quand il faut que chaque propriétaire use de son bras et de son courage pour défendre son champ et sa demeure, c'est l'homme seul qui peut hériter et posséder la terre ; et, en effet, c'est sur les biens immeubles qu'a surtout porté l'exclusion des parents du sexe féminin dans l'Europe barbare et dans celle du moyen âge. Lorsque la propriété était plutôt un droit politique qu'un droit civil, les femmes, comme membres non actifs de la société, devaient nécessairement en être exclues. Le même motif, celui des services militaires et des autres devoirs politiques attachés à la possession territoriale, a écarté les femmes de la succession des fiefs. Ce n'est que quand ces services et ces devoirs eurent été changés en redevances, et que les terres féodales se furent confondues avec les autres pro-

priétés, que les femmes purent généralement succéder aux fiefs.

Or donc, les monarchies comme les Etats aristocratiques, les républiques oligarchiques comme les démocraties, tous ont immolé la femme dans l'organisation de la famille, les uns pour conserver la richesse et la splendeur, les autres pour maintenir l'égalité des biens et ne pas rompre l'équilibre de la distribution des fortunes.

Parmi les éléments qui ont, d'autre part, contribué le plus à élever et à étendre les droits des femmes, nous rangeons d'abord, et avant tout, ce principe d'égalité et de justice distributive, qui considère tous les êtres humains comme les enfants du même Dieu, et ayant des droits égaux, sans distinction de race ni de sexe. Cette idée de la fraternité universelle, pressentie par les philosophes du Portique, fut érigée en dogme et prêchée au monde par les apôtres d'une religion nouvelle. Le christianisme, dont la mission était de faire participer le monde entier aux vérités sublimes que Moïse n'avait réservées qu'à un seul peuple, en prêchant l'égalité et la fraternité de tous les hommes, ébranlait toutes les barrières du vieux monde; l'esclavage et l'infériorité des femmes, bases générales de l'ancienne organisation, furent sapés dans leur fondement.

L'égalité dans la famille, vers laquelle s'ache-

minait la constitution domestique des Romains, fut enfin réalisée par Justinien. L'ordre des successions établi par lui, quoique se ressentant de ses vices originaires, a donné à la famille une base rationnelle, exempte des inégalités, produits des combinaisons politiques, et fondée sur l'affection présumée des parents entre eux. Ce principe de l'égalité dans la famille, une fois triomphant dans les Codes romains, pouvait s'éclipser pendant quelque temps, mais ne pouvait plus se perdre pour l'humanité. Ainsi, quand l'élément barbare, qui fondit sur l'empire, quand la féodalité, qui tint l'Europe du moyen âge dans ses serres, avaient de nouveau établi le principe de l'inégalité, la supériorité des classes, le privilége de l'âge et la préférence d'un sexe à un autre; le clergé et les jurisconsultes luttèrent courageusement, l'Evangile et la loi romaine à la main, pour la restauration du principe contraire. Sous ce rapport, la lutte entre l'élément germanique et l'élément romain, qui a duré pendant tant de siècles dans la plus grande partie de l'Europe, est le fait le plus saillant, parce que c'est la lutte des deux mondes, la lutte entre la force et la raison.

Une autre cause puissante qui a élevé la condition des femmes, c'est la valeur croissante des biens meubles, dont la possession ne leur avait

été presque nulle part refusée, et l'augmentation de la richesse mobilière, favorisée par le commerce, la navigation et l'industrie. Aussi, ce sont les classes de la société qui vivaient de ces branches de l'activité humaine, les bourgeois et les artisans, qui ont admis les femmes au partage égal des héritages, bien avant les classes nobles, possesseurs de la terre.

C'est cette augmentation continue de la richesse mobilière, qui fait tous les jours des progrès si rapides, et qui est appelée à en faire de plus grands encore, sur laquelle le législateur de nos jours doit porter son attention la plus sérieuse. Déjà il y a, sous ce rapport, un désaccord choquant entre l'état économique de notre société et les lois qui nous régissent. Or, la terre étant limitée, le champ des progrès de l'esprit humain, au contraire, étant infini dans la sphère de l'industrie et du travail, il faut s'attendre qu'avant un demi-siècle la richesse immobilière, qui fut d'abord l'unique, ensuite la plus importante richesse, sera effacée du premier rang par la fortune mobilière, créée par le commerce, la navigation, l'industrie et les arts [1].

[1] La preuve que ce revirement s'est déjà fait en partie, c'est que dans les revenus de toute nature, qui sont aujourd'hui, en France, évalués à dix milliards, le produit de la terre n'entre que pour seize cents millions.

Notre législation actuelle, produit de l'expérience des siècles et épurée par la philosophie moderne, a organisé en France la famille rationnelle, basée sur le principe de l'égalité, et classant ses membres dans l'ordre des successions d'après l'affection présumée du défunt. En comparant nos lois qui organisent la famille avec celles qui nous ont précédés et avec la plus grande partie de celles qui nous entourent, leur excellence est incontestable. Cependant nous n'avons point hésité à indiquer les endroits de l'édifice qui pourraient recevoir d'utiles améliorations. Nous avons demandé que l'autorité paternelle fût fortifiée; que la position de l'époux comme héritier fût améliorée; que la communauté conjugale fût modifiée et élargie; que la fortune mobilière acquît de plus sérieuses garanties, surtout dans l'administration des biens des incapables. Enfin, nous y ajouterons encore cette pensée riche en conséquences, que nous n'émettons que sommairement, parce que la discussion sur ce point nous mènerait trop loin : ne conviendrait-il pas, dans l'état actuel de notre société, de limiter la successibilité ? N'est-ce pas en restreignant le giron de la famille, qu'on parviendrait à y souffler une nouvelle vie, et à lui donner une constitution plus forte ? Quelle affection existe aujourd'hui avec la dissémination des familles sur un

vaste territoire, dissémination qui augmentera sans cesse par les facilités de déplacement dont notre siècle paraît avoir le privilége; quelle affection existe aujourd'hui au delà du sixième ou du huitième degré? Pourquoi ces parents éloignés, qui n'ont eu aucune obligation, aucun devoir à remplir, viennent-ils, le jour de la mort, prendre la succession d'un homme souvent inconnu? Enfin le revenu du Trésor ne trouverait-il pas une ressource immense dans cette limitation du droit d'hérédité?

Nous le savons, il est hasardé d'émettre, par le temps qui court, une semblable pensée; on est trop facilement taxé aujourd'hui de vouloir renverser les bases de la société. Cependant l'esprit général de notre œuvre nous garantira suffisamment d'un semblable reproche[1]. Nous reconnaissons volontiers que notre époque agitée

[1] C'est à la fois la mauvaise disposition de l'époque, la défaveur politique du côté de l'Assemblée d'où est venue l'initiative, et son caractère trop radical, qui ont fait échouer la proposition de MM. Savoye et Cassal de modifier l'art. 755 du C. c., en supprimant le droit d'hérédité audelà du quatrième degré. Au fond, nous aurions conclu au rejet de la proposition, comme le rapport de M. Casabianca (distribué à l'Assemblée législative le 19 février 1851), mais en nous appuyant sur d'autres considérations.

La proposition de MM. Cassal et Savoye, de limiter la successibilité au quatrième degré, vient d'être rejetée par la question préalable, dans la séance du 20 mars 1851.

est peu faite à discuter mûrement et à établir des modifications profondes dans notre législation civile ; mais, d'un autre côté, nous ne sommes pas de ceux qui veulent enterrer toute innovation un peu sérieuse, en y attachant l'étiquette de socialisme. Entre vouloir renverser la famille, et restreindre ses limites pour lui donner plus de force et de vitalité, il y a un abîme.

CONCLUSION.

NÉCESSITÉ SOCIALE DE LA FAMILLE.

Un des esprits d'élite de notre époque, voulant étudier la civilisation générale de l'Europe, a choisi la civilisation française, en disant avec infiniment de raison, qu'il n'y a pas eu dans la première un grand événement ou une grande question intéressant l'humanité, qui ne se rencontre dans la seconde [1]. Le même fait se reproduit pour l'histoire de la famille. Les destinées de la France, les races diverses qui ont occupé son sol, et les organisations différentes de la famille qui s'y sont succédé, font que l'histoire de la famille en France, est en réalité l'histoire de la famille en général. Si notre patrie, en politique, a essayé de tous les principes sous lesquels l'humanité s'agite, si elle a épuisé toutes les formes gouvernementales, depuis la monarchie la plus absolue jusqu'aux dernières limites

[1] Guizot, *Hist. de la civilisation en France*, 1re leçon.

de la démocratie; dans sa constitution domestique, elle n'offre pas un tableau moins complet des diverses organisations de la famille. Nous avons vu sur le sol de notre patrie passer successivement devant nos yeux la famille celte, la famille romaine, la famille germanique, la famille féodale et coutumière, enfin la famille moderne basée sur la raison, sur l'égalité et sur les liens naturels de l'affection. Nous y avons vu empreints tantôt le sceau de la théocratie, tantôt celui de l'aristocratie; nous y avons découvert tantôt l'action de l'oligarchie territoriale, tantôt l'influence de la philosophie, des règles de droit naturel, et des principes de liberté et d'égalité; nous y avons aperçu que ces éléments divers avaient exercé une influence très-grande sur le mariage, sur la puissance paternelle, sur l'autorité maritale, sur le régime de biens entre époux, sur l'ordre des successions et sur la distribution des héritages; mais y avons-nous vu une seule fois, que ces bases fondamentales de la famille aient été supprimées? La consécration universelle, que toutes les fractions de l'humanité, dans leurs tentatives diverses pour organiser un état social quelconque, ont donnée à la famille et à ses bases immuables, n'est-elle pas la réfutation la plus énergique de ces rêveurs qui veulent supprimer la famille, ou du moins renverser les bases principales sur les-

quelles elle repose chez tous les peuples civilisés?

L'homme est un être essentiellement sociable, sa nature réclame d'une manière absolue qu'il vive dans la société de ses pareils. Ce n'est que dans l'état social que l'homme peut arriver au développement le plus complet de ses facultés intellectuelles et morales. Obéissant à une des lois les plus impérieuses de sa nature physique et morale, il cherche une compagne et procrée avec elle des êtres à son image, et voilà comment la famille a été la première agglomération, la première de toutes les sociétés et la base de l'ordre social. Mais l'union de l'homme et de la femme ne repose pas, comme dans les accouplements des animaux, sur le seul besoin des sens, elle doit être autant l'union des âmes que des corps. L'époux qui s'unit à l'être de son choix, cherche le complément physique et moral de sa personne, et c'est par ce motif que l'idéal du mariage repose nécessairement sur le principe monogame. Enfin, l'union conjugale, dans sa plus haute perfection, doit reposer sur l'égalité des devoirs ainsi que sur la communauté des personnes et des biens.

Le lien moral qui unit tous les membres de la famille chez l'homme, n'existe pas dans les aggrégations d'animaux, quoique plusieurs espèces semblent vivre dans un état analogue à

la famille humaine. L'homme a reçu en naissant des besoins, des sentiments et des affections, qui nécessitent l'aide et le secours de ses semblables. Montesquieu, si profond dans ses observations, a fait cette remarque, que chez les animaux la mère peut ordinairement suffire aux besoins de la progéniture, tandis que chez l'homme, il ne suffit pas de nourrir les enfants, il faut encore les conduire et les gouverner [1]. En effet, l'enfant, après les soins de la mère, a besoin de la protection et des conseils du père pour conquérir une place dans la société et se créer une position. Mais ce qui distingue plus profondément encore la famille de l'homme de celles des animaux, c'est que, chez ces derniers, les liens cessent avec le besoin, et que chez l'homme le dévouement, l'amour et la reconnaissance lui survivent; que les uns ne se reconnaissent plus dès qu'ils ont cessé de vivre en commun, tandis qu'un lien moral, indépendamment de la loi sociale, tient enchaînés les différents membres de la famille chez l'autre.

Ceux qui prétendent que les inégalités entre le mari et la femme, entre le père et les enfants, sont contraires au dogme de l'égalité naturelle; ceux qui pensent que la famille doit s'absorber dans l'humanité, que son abolition tournera au

[1] *Esprit des Lois*, l. XXIII, ch. II.

profit de sentiments plus élevés, plus généreux; que l'homme dégagé de ces liens, aura plus de force et de liberté pour aimer sa patrie et l'humanité en général; ne disent rien de neuf, rien que l'humanité n'ait déjà entendu, examiné et jugé depuis des milliers d'années. Platon, déjà, avait agité toutes ces questions. Il a voulu réhabiliter la femme qu'il voyait asservie dans le monde antique, il a été révolté de la tyrannie du chef de famille, de l'égoïsme, de l'avarice des individus, et il a imaginé une société où les femmes et les biens devaient être communs, où le sentiment étroit des affections de famille devait faire place aux sentiments plus élevés de l'amour de la patrie et de l'humanité. Les rêves de Platon ne tardèrent pas à être condamnés par Aristote. Ce profond penseur établit que rien n'était plus contraire à la nature que l'égalité absolue; que, dans la nature, il y avait des grands et des petits, des forts et des faibles, des hommes intelligents et des imbéciles; réfutant à la fois Platon, et ruinant d'avance la théorie paradoxale de Jean-Jacques, qui prétendait que l'égalité était dans la nature, et que l'inégalité était un produit factice de l'état social [1].

[1] Ce paradoxe a été reproduit sous d'autres formes par M. Louis Blanc (*Organisation du travail*, p. 179) et par d'autres novateurs contemporains.

Or, le but de la société civile est tout juste le contraire : c'est de chercher à égaliser les inégalités de la nature; à protéger les faibles, à contenir les forts, à faire profiter les intelligences médiocres et débiles des efforts tentés et des résultats obtenus par les esprits supérieurs et vigoureux. C'est afin d'y arriver, que la loi civile doit nécessairement prendre en sérieuse considération les inégalités naturelles, inhérentes à l'homme; de là la puissance du père, l'autorité du mari, la dépendance des enfants, l'incapacité des mineurs, l'interdiction des aliénés et des prodigues; toutes distinctions qui, loin de froisser la raison et l'équité, sont, au contraire, basées sur la nature même, et ont été établies dans l'intérêt des femmes, des enfants, des mineurs, des prodigues, afin de faire régner cet équilibre moral qui, seul, constitue la véritable égalité.

La famille est une société. Pour être dirigée elle a besoin d'un chef; vouloir l'égalité absolue de la femme et du mari, des parents et des enfants, c'est vouloir l'anarchie, et ôter au chef, qui dirige la famille, toute possibilité de donner une direction utile et régulière aux intérêts domestiques. La nature elle-même a donné à l'homme et à la femme des qualités différentes, des facultés distinctes ; l'énergie, le sang-froid, l'esprit de conduite et la prévoyance, qualités si nécessaires

pour gouverner, sont le partage de l'homme et manquent ordinairement à la femme ; l'homme, mieux que la femme, est fait pour l'autorité. Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes, a dit le philosophique Portalis. Par conséquent l'égalité complète des deux sexes, ce qu'on appelle de nos jours *l'émancipation de la femme*, serait un abus aussi extrême que l'était son asservissement chez les peuples primitifs, où la femme n'était qu'un objet de volupté, tout au plus une esclave privée de toute individualité. La femme ne doit être ni l'esclave ni l'égale de son époux ; elle doit être sa compagne sans être sa sujette ; c'est une associée qui a ses droits, mais dont l'opinion ne peut ni ne doit prévaloir sur celle de son mari.

L'obéissance de l'enfant repose également sur la nature ; son intelligence incomplète, sa raison irréfléchie exigent impérieusement une main qui le guide, une autorité qui le contrôle. D'un autre côté le même principe, qui est la source de l'autorité des parents, leur impose la charge d'élever les enfants et de pourvoir à leurs besoins. L'homme et la femme qui s'unissent contractent des obligations envers les êtres auxquels ils vont donner l'existence. Il n'est point permis, pour satisfaire ses instincts, d'imposer à un être humain les besoins de la vie, sans lui fournir les

moyens de les satisfaire; il n'est point permis de jeter en ce monde, d'appeler à l'existence un individu, sans prendre l'engagement de le nourrir, de lui épargner, autant que possible, le besoin, et de le rendre en état de se suffire un jour à lui-même. L'obligation des parents de nourrir et d'élever leurs enfants n'est pas moins sacrée, que le devoir des enfants de leur obéir.

Nous voyons donc que le mariage et l'éducation des enfants sont la première base de toute société civile. Mais cette obligation imposée au chef de famille de pourvoir aux besoins des siens, présuppose la faculté d'acquérir et de conserver les moyens pour y faire face, en d'autres mots, sous-entend le droit de posséder. La propriété devient ainsi la conséquence forcée, nécessaire de la constitution de la famille.

Notez bien que nous ne considérons ici le droit de propriété que dans ses rapports nécessaires avec l'existence de la famille. Nous ne faisons ressortir qu'une des faces de la nécessité de la propriété individuelle, en nous abstenant de discuter la base sur laquelle repose le droit de propriété même, qui se trouve, selon les uns dans un contrat tacite, selon les autres dans le travail et la production; selon ceux-ci dans la première occupation, selon ceux-là dans la possession; selon d'autres encore, dans la liberté et la spontanéité

de l'homme, qui se répand sur tout ce qui l'entoure, se l'approprie et se l'assimile, en vertu de la puissance créatrice de son intelligence. Toujours est-il que la propriété est une institution universelle du genre humain, un fait constant sous toutes les latitudes et parmi toutes les races, quoique plus ou moins garantie, plus ou moins étendue [1], et prenant des formes nombreuses et variées [2]; car le principe de la propriété est profondément spiritualiste, et ses racines plongent dans les profondeurs de l'âme humaine.

Une question qui se lie intimement à notre sujet, est celle de la transmission de la propriété, car l'hérédité et les successions, en un mot, la perpétuité de la famille en dépend. La propriété doit-elle n'être que viagère, ou bien doit-elle être transmissible après la mort du propriétaire? voilà encore un de ces problèmes terribles agités à l'époque où nous vivons.

A ne consulter que l'expérience du genre humain, et en voyant que partout où la propriété a été établie, elle a été transmissible soit par don

[1] Le sauvage pêcheur réclame au moins la propriété de ses filets et du poisson qu'il prend; le chasseur, celle de son arc et du gibier qu'il tue; le nomade pasteur revendique la propriété de ses tentes et de ses troupeaux. L'idée de la propriété individuelle existe chez tous ces hommes, quoique la propriété territoriale leur soit encore inconnue.

[2] Voir notre Introduction, page 4.

(la succession testamentaire), soit par hérédité, (la succession du sang), la question peut déjà être considérée comme résolue; mais nous essayerons de prouver encore, sous les deux points de vue de l'économie sociale et de la famille, que la propriété n'est réellement complète, et ne répond à tout ce que l'État et la famille ont droit d'en attendre, que si elle est transmissible soit par don, soit par hérédité; et voici nos arguments.

Parlons d'abord de la propriété la plus importante, de celle de la terre. L'appropriation du sol ne peut donner tous les résultats dont elle est susceptible, que lorsque le propriétaire est constamment animé d'une pensée d'avenir, et qu'il travaille, améliore et épargne, assuré de la perpétuité de son droit. Otez au propriétaire, qui plante des arbres dont il ne peut jamais goûter les fruits, qui commence un coûteux assolement dont il ne verra pas s'accomplir les fertiles résultats, la faculté de transmettre son bien à qui il voudra, de le laisser à ceux qu'il aime et qu'il chérit, en un mot, rendez le droit de propriété viager, et à l'instant ce cultivateur laborieux cessera ces travaux, et se bornera à retirer de ses domaines ce qu'il lui faut pour son entretien pendant les quelques années qu'il peut avoir à vivre. Plus de calculs, plus de prévisions, plus d'efforts;

l'abandon, la paresse et l'insouciance prendront leur place. C'est la perpétuité de la propriété territoriale qui a changé la surface du globe, c'est elle qui a centuplé la force productive de la nature, c'est elle qui a donné à la race humaine un revenu infiniment plus abondant et plus considérable [1]. La perpétuité de la propriété territoriale n'a donc pas seulement pour elle l'autorité de l'expérience universelle, mais encore celle, bien plus décisive, des admirables résultats qu'elle a produits.

Ce qui vient d'être dit de la propriété du sol est en grande partie applicable à la propriété des objets mobiliers, et à la propriété en général. La certitude de pouvoir disposer de son bien après sa mort, en faveur de ceux qu'on aime, est une nécessité pour la nature humaine, est une loi inévitable pour les sociétés modernes, fondées sur le travail libre. A la place du fouet et du bâton qui forcent l'esclave au travail, il n'y a pour le travailleur libre qu'un seul stimulant capable d'éveiller et d'entretenir l'énergie; c'est le légitime espoir, la certitude de pouvoir jouir des fruits de ses labeurs, et de pouvoir les transmettre à ceux qu'il aime. Ainsi, l'hérédité de la propriété est le plus puissant mobile

[1] Sismondi, *Etudes sur l'Economie politique*, t. I, p. 165.

de l'activité humaine. Le travail, auquel l'humanité est astreinte, a besoin de grands encouragements, et Pline a dit avec raison « que la nature vend bien cher à l'homme les grands dons qu'elle lui fait [1]. » Que la soif de la gloire, le dévouement pour l'humanité, l'amour de la patrie, la vertu, l'abnégation, puissent suffire à quelques âmes d'élite, nous l'avouons de bon gré; mais convenons qu'ils ne sauraient être le mobile général de l'activité des masses [2]. La plupart des hommes traînent leur vie dans la médiocrité et dans les occupations les plus vulgaires; pour les soutenir, il ne suffit point que le fruit de leur travail leur appartienne personnellement; il faut qu'ils soient excités par la pensée que le produit de leurs sueurs profitera à ceux en qui ils revivront, à leurs enfants; car ce n'est qu'avec des êtres de notre choix que nous consentons à partager ce que nous avons acquis à force de privations, ce que nous avons produit à force de labeurs. Le travail qui crée et étend la propriété n'a pas d'aiguillon plus puissant, plus opiniâtre et plus noble, que le désir d'assurer le bonheur de ceux

[1] *Histoire naturelle*, l. VII.

[2] « L'homme peut aimer son semblable jusqu'à mourir, il ne l'aime pas jusqu'à travailler pour lui. » Le croirait-on? cette vérité est échappée à la plume de Proudhon. (*Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère*, t. I, p. 198.)

que nous aimons sur cette terre, et dont nous sommes en quelque sorte la providence. Ainsi les liens de famille ont encore, en ce cas, le précieux avantage d'ennoblir l'homme à ses propres yeux, dans les plus humbles conditions de la vie, de le rendre plus utile à ses pareils et plus intéressé à la propriété commune, de doubler ses forces pour le travail, et, en éveillant sa sollicitude sur l'avenir, de mettre puissamment en jeu tous les ressorts de son activité.

« Dans le système de l'interdiction de l'hérédité, c'est ainsi que conclut M. Thiers [1], le père se serait arrêté et le fils également : chaque génération, bornée dans sa fécondité, comme une rivière dont on retient les eaux par un barrage, n'aurait donné qu'une partie de ce qu'elle en avait en elle, et se serait interrompue au quart, à la moitié du travail dont elle était capable.

« Dans le système de l'hérédité des biens, au contraire, le père travaille tant qu'il peut, jusqu'au dernier jour de sa vie ; le fils, qui était sa perspective, en trouve une pareille dans ses enfants, et travaille pour eux comme on a travaillé pour lui, ne s'arrête pas plus que ne s'est arrêté son père, et, tous penchés vers l'avenir comme

[1] *De la propriété,* chapitre x, édition populaire, p. 65-66.

un ouvrier sur une meule, font tourner sans cesse cette meule d'où s'échappent le bien-être de leurs petits-enfants, et non-seulement la prospérité des familles, mais celle du genre humain.

« Concluons. En instituant la propriété personnelle, la société avait donné à l'homme le seul stimulant qui pût l'exciter à travailler. Il lui restait une chose à faire, c'était de rendre ce stimulant infini. C'est ce qu'elle a voulu, en instituant la propriété héréditaire. »

Tout, par conséquent, réclame l'hérédité des biens comme une nécessité : la nature et le but de la propriété même, l'utilité générale, les lois de l'économie sociale et politique, enfin la perpétuité des familles. Mais si le principe même de la transmission n'est pas contestable, le mode présente des variétés nombreuses. Une foule de considérations morales, politiques et économiques viennent faire sentir leur influence, et se croisent en tout sens : c'est l'histoire des divers systèmes de succession que nous avons exposés dans notre livre.

Concluons à notre tour. La famille, la propriété et l'hérédité sont les conséquences forcées de la nature humaine. Celui qui attaque un de ces principes, bases de toute organisation sociale, est amené nécessairement à nier les autres : qui

abolit l'hérédité ruine la propriété; qui ruine la propriété détruit la famille; qui détruit la famille anéantit toute société humaine, et rejette le monde dans la barbarie.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.





